Theorie
der
summarischen Processe,
mit
Ausschluß des Concursprocesses,
zunächst
für seine Zuhörer bestimmt
von

Dr. Hieronymus Bayer,
k. b. Hofrath und öffentlichem ordentlichen Professor der Rechte
an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München.

Dritte Auflage.

München,
Verlag der Anton Weber'schen Buchhandlung.
Jakob Bayer.
1834.

Uebersicht.

§.		Seite
1.	Begriff des summarischen Verfahrens	1.
2.	Allgemeine Bestimmung der Aufgabe, welche die Theorie der summarischen Processe zu lösen hat . . .	2.
3.	Von den Fällen, in welchen ein summarisches Verfahren eintritt .	3.
4.	Von den verschiedenen Mitteln, eine Beschleunigung des Verfahrens zu bewirken	12.
5.	Eintheilung der summarischen Processe in bestimmte und unbestimmte .	14.
6.	Bestimmte summarische Processe.	

A. Mandats=Proceß.

	α. Eigenthümlichkeit desselben . . .	16.
7.	β. Ursprung und Ausbildung . . .	18.
8.	γ. Von dem unbedingten Mandats=Processe insbesondere:	
	I. Fälle, in denen er Statt hat .	22.
	II. Verfahren in demselben.	
	a) Einrichtung der Klage . .	30.

§.		Seite
9.	b) Richterliche Verfügung	31.
10.	c) Ferneres Verfahren:	
	I. Wenn der Impetrat Folge leistet .	33.
11.	II. Wenn er das Mandat unbefolgt läßt	34.
12.	III. Wenn er Einwendungen vorbringt	35.
13.	Fortsetzung	41.
14.	Fortsetzung	43.
15.	Fortsetzung	48.
16.	5. Von dem bedingten Mandats-Processe.	
	I. Fälle, in denen er Statt hat . .	50.
17.	II. Vertheidigung des Beklagten . .	52.
18.	III. Verfahren	54.
19.	B. Arrest-Proceß.	
	I. Ueber den Arrest im Allgemeinen	
	1. Begriff und Arten	59.
20.	2. Zweck des Arrestes	60.
21.	II. Arrest als Sicherungsmittel insbesondere:	
	1. Gegenstand des Real-Arrestes .	60.
22.	2. Von der Wahl des Arrestobjects .	62.
23.	3. Vollziehung des Arrestes . .	63.
24.	4. Zuläßigkeit des Arrestes	
	a) Voraussetzungen, unter welchen ein Arrest Statt findet .	64.
25.	b) Wer kann um Anlegung eines Arrestes bitten? . .	68.
26.	c) Gegen wen kann ein Arrest nachgesucht werden? . .	70.

§.		Seite
27.	d) Bei welchem Gerichte muß er nachgesucht werden? . .	72.
28.	5. Wirkung des Arrestes	
	a) des rechtmäßig verhängten .	72.
29.	b) des unrechtmäßig verhängten	74.
30.	c) des gebrochenen . . .	75.
31.	6. Verfahren	
	a) im Allgemeinen . .	77.
32.	b) Von dem eigentl. Arrestprocesse insbesondere	
	aa) Arrestgesuch . .	78.
33.	bb) Richterliche Verfügung:	
	α. Wenn d. Hauptklage mit dem Arrestgesuche nicht cumulirt wurde	80.
34.	β. Wenn sie damit cumulirt wurde .	80.
35.	cc) Verhandlung im Rechtfertigungstermine .	82.
36.	Fortsetzung . .	84.
37.	Fortsetzung . .	85.
38.	7. Wiederaufhebung des Arrestes .	86.
39.	Anhang. Ueber den Ursprung und die Ausbildung des Arrest-Processes .	88.
40.	C. Executivproceß.	
	I. Eigenthümlichkeit dieser Proceßart .	90.
41.	II. Dessen Ursprung und Ausbildung .	92.
42.	III. Von den Geschäften, aus welchen executiv geklagt werden kann	94.

§.		Seite
43.	IV. Nähere Bestimmung der Erfordernisse des Executivprocesses	98.
44.	V. Verfahren.	
	a) Einrichtung der Klage . . .	101.
45.	b) Verfügung auf die Klage . .	102.
46.	c) Vertheidigung des Beklagten .	105.
47.	d) Verhandlungen im Productionstermine	108.
48.	Unbestimmt summarisches Verfahren.	
	I. Allgemeine Voraussetzungen, unter welchen dasselbe Statt hat	113.
49.	II. Form des Verfahrens	115.
50.	III. Einzelne Fälle	122.
51.	A. Provocationsproceß. Einleitung.	123.
52.	1. Von der prov. ex lege: Diffamari insbesondere	
	a) Begriff u. Ursprung dieses Rechtsmittels	125.
53.	b) Fälle, in welchen diese Provocation Statt findet	126.
54.	Fortsetzung	133.
55.	c) Gericht, bey welchem die Provocation anzubringen ist . . .	136.
56.	d) Von dem Beklagten . . .	139.
57.	e) Verfahren	141.
58.	2. Provocatio ex lege: Si contendat	
	a) Begriff und Unterschied von der prov. ex l. Diff.	145.

§.		Seite
59.	b) Ursprung dieser Provocation . .	147.
60.	c) Genauere Bestimmung der Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels . .	150.
61.	d) Verfahren	156.
62.	B. Possessorische Processe.	
	a) Begriff und Unterschied des s. g. Possessorium von dem Petitorium .	161.
63.	b) Verfahren bey Besitzstreitigkeiten überhaupt	162.
64.	c) Verfahren bey Streit. wegen verlornen Besitzes	165.
65.	d) Verfahren bey Streitigkeiten wegen Erhaltung des Besitzes	
	aa) Einleitung . . .	168.
66.	bb) von dem possessor. summ. insbesondere	173.
67.	Fortsetzung . . .	179.
68.	cc) von dem poss. ordinarium .	184.
69.	Fortsetzung	188.
70.	e) Verfahren bey den interdictis adipiscendae possessionis . .	191.
71.	Fortsetzung	193.
72.	Fortsetzung	198.
73.	f) Verhältniß des possessorischen Streites zu dem petitorischen	
	aa) Zuläßigkeit des Ueberganges von dem Possessorium zum Petitorium	200.
74.	Fortsetzung	203.
75.	bb) Zuläßigkeit des Uebergangs von dem Petitorium zum Possessorium	204.

§.		Seite
76.	cc) Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites .	206.
77.	Fortsetzung	209.
78.	Fortsetzung	213.
79.	Fortsetzung. Wirkung der Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites . .	215.
80.	C. Rechnungs-Proceß. Begriff . .	218.
81.	Verfahren	220.
82.	Fortsetzung	224.

§. 1.

Begriff des summarischen Verfahrens.

Von der ordentlichen, d. h. derjenigen Verfahrungsart, welche den Gesetzen und dem Gerichtsgebrauche zufolge bey der gerichtlichen Verhandlung von Rechtsstreitigkeiten die Regel bildet, findet zuweilen aus besonderen Gründen eine Abweichung Statt. In solchen Ausnahmsfällen nennt man nun das Verfahren im Gegensatze zu dem ordentlichen ein ausserordentliches, und, in so fern die Abweichung den Zweck hat, einen schnelleren Rechtsgang zu bewirken, ein summarisches [1]). — Außerordentlicher und summarischer Proceß sind demnach allerdings nicht gleichbedeutend [2]), und es ist unrichtig,

---

[1]) Martin Lehrb. 10te Aufl. §. 139. Not. *h*. und §. 236. D. Wolfg. Heinr. Puchta. Ueber die Gränzen des Richteramtes S. 51. Aug. W. Heffter Institutionen des Proc.. S. 419 ob. C. F. Mühlenbruch Entwurf des Civilproc. S. 235 a. E. u. 236.

[2]) Vergl. Just. Thim. Balt. Linde Lehrb. des Civilproc. 2te Aufl. §. 323.

jedes, von dem regelmäßigen Verfahren abweichende ein summarisches zu nennen. Allein es ist auch kein Grund vorhanden, den Ausdruck „summarischer Proceß" gänzlich zu verwerfen [3]), da derselbe doch eine eigene Art des ausserordentlichen Verfahrens bildet, welche sich durch ein besonderes Merkmal, nämlich durch ein auf Beschleunigung der Sache gerichtetes Bestreben auszeichnet.

§. 2.

Allgemeine Bestimmung der Aufgabe, welche die Theorie der summarischen Processe zu lösen hat.

Die Theorie der summarischen Processe hat die Beantwortung folgender zwey Fragen zum Gegenstande:

I. In welchen Fällen, oder aus welchen Gründen ist es gestattet, oder wohl gar geboten, die Regel des ordentlichen Verfahrens zu verlassen, und ein schnelleres Verfahren einzuleiten?

II. Worin besteht die Abkürzung in diesen Fällen? d. h. durch welche Abweichungen von der Form des ordentlichen Processes wird die Beschleunigung bewirkt?

---

[3]) Wie Mittermaier vorschlägt im Archiv für die civ. Prax. Bd. VII. Heft 3. S. 390 und 393.

§. 3.

Von den Fällen, in welchen ein summarisches Verfahren eintritt.

Die Beantwortung der ersten Frage ist bisher auf doppelte Art versucht worden. Einige Proceßlehrer, besonders die älteren, haben sich darauf beschränkt, ein Verzeichniß der einzelnen Fälle aufzustellen, für welche entweder A) das Röm. Recht ein extra ordinem, — summatim, — de plano cognoscere, oder überhaupt eine Beschleunigung des Verfahrens vorschreibt; oder wo B) das canonische Recht von einem Verfahren sine strepitu et figura judicii spricht.[1])

Andere dagegen, besonders neuere haben sich bemüht, die Motive auszumitteln, durch welche das positive Recht in jenen einzelnen Fällen zur Anordnung oder Gestattung eines schnelleren Verfahrens bewogen werden konnte, und sind auf diesem Wege dahin gelangt, nicht mehr blos ei-

---

[1]) Das vollständigste Verzeichniß dieser Art, welches ich kenne, findet sich unter den älteren Proceßlehrern bei Rob. Maranta, Praxis sive de ord. judic. vulgo specul. aur. (Coloniae Agripp. 1598. 4.) P. IV. dist. 9. p. 120 — 152, worauf auch Eichhorn in der deutschen Staats- u. Rechtsgeschichte Th. III. §. 463 not. d (Ausg. v. 1822) aufmerksam macht. — Unter den neueren Rechtslehrern hat Claproth (Einleitung in sämmtliche summ. Proc. 3te Aufl. §. 4.) die vollständigste Enumeration der einzelnen Fälle, jedoch schon nach gewissen allgemeinen Gesichtspunkten classificirt, geliefert.

ne Reihe von einzelnen, summarisch zu behandelnden Sachen aufzuführen, sondern allgemeine Grundsätze aufzustellen, durch welche ein schnelleres Verfahren gerechtfertiget wird, und nach welchen in concreto jedesmal bestimmt werden soll, ob summarisch zu verfahren sey, oder nicht.[2])

Diese neuere Methode hat allerdings den Vorzug größerer Einfachheit und einer mehr befriedigenden Begründung der Sache; — auch beruht es gewiß auf einem Mangel genauerer Kenntniß des älteren Röm. Gerichtsverfahrens und der allmählig bis auf Justinian damit vorgegangenen Veränderungen, wenn man mit den älteren Practikern in allen denjenigen Fällen, wo nach dem früheren Röm. Rechte extra ordinem cognoscirt wurde, — ein summarisches Verfahren in unserem Sinne auch zu Justinians Zeit noch annehmen zu dürfen glaubt.[3]) Wenn

---

[2]) Vor Allen verdient hier genannt zu werden v. Grolman (Theor. des gerichtl. Verf. 4te Aufl. §. 221—223), W. H. Puchta (Ueber die Gränzen des Richteramtes §. 19). v. Gönner (Handb. Bd. IV. Abh. 80. §. 3 flg.) hat, wie er selbst anführt, nur eine Critik der Claprothschen Darstellung zu liefern beabsichtigt.

[3]) Denn nach Diocletian wurden alle judicia extraordinaria, oder vielmehr es verschwand der bis dahin als Regel beobachtete ordo judiciorum, und damit mußte auch die Ausnahme ihre Bedeutung verlieren. Selbst dann, wenn früherhin alle causae extraord. cognition. nur um deswillen von dem regelmäßigen Verfahren ausgenommen worden wären, weil man bey denselben eine

man jedoch erwägt, daß sich der Gerichtsgebrauch in Teutschland an jene Darstellung der älteren Practiker angeschlossen hat, und daß nicht nur in vielen teutschen Partikularproceßordnungen, sondern selbst in Reichsgesetzen [4])

Beschleunigung nothwendig oder räthlich gefunden, — was sich jedoch nicht einmal behaupten läßt, (Mühlenbruch Entw. S. 235 flg.) so würde noch immer daraus nicht folgen, daß diese Sachen auch unter Justinian noch schneller, als andere behandelt werden mußten. Denn da die Ausnahme zur Regel geworden war, so hätte, um die bisherige Ausnahme als solche zu erhalten, etwas Abweichendes, Eigenthümliches im Verfahren für die Ausnahmsfälle bestimmt werden müssen. Dieses ist aber nicht geschehen. A. M. Heffter Inst. S. 409 Nr. 2. — Vergl. Hugo Lehrb. des heut. R. R. 5te Aufl. §. 303. S. 232.

[4]) Vergl. vorz. C. G. O. 1555. Th. III. Tit. 3, wo die in den §§. 6, 12, 13, 15, 25 — 29 als causae extraord. angeführten Sachen offenbar aus dem Cataloge der caus. summ. der damaligen Practiker entlehnt sind. — zwar ist öfter bemerkt worden, daß die caus. extraord. bei dem R. C. G. mit caus. summ. nicht zu verwechseln seyen; (S. die Ausg. des Concepts der C. G. O. von Joh. Jac. Zwirlein, Frkf. 1753 S. 279 not. * u. S. 356 a. E. not. a. v. Groman Theorie des ger. Verf. S. 380 not. 1); allein aus dem Conc. der C. G. O. Th. III. Tit. 2. und Tit. 43 ergibt sich doch wohl bestimmt genug, daß es wenigstens Anfangs bei den caus. extraord. auf Beschleunigung abgesehen war, wenn auch in der Folge diese Absicht nicht erreicht wurde. — Heffter Inst. S. 420 u. 421.

unzweydeutige Spuren der Billigung und Befolgung jener Ansicht vorkommen; so dürfte es doch immer vorzuziehen seyn, in so fern nicht die Gesetze selbst einen allgemeinen Grund ausdrücklich anführen,[5]) die summarisch zu behandelnden Sachen mit Rücksicht auf Das, was sich durch die teutsche Praxis festgestellt und ausgebildet hat, einzeln aufzuzählen, um so mehr, als bey der Aufstellung allgemeiner Rechtsfertigungsgründe eine Unbestimmtheit nicht zu vermeiden ist, welche willkürlichen Subsumtionen einen allzufreyen Spielraum gestattet[6]). — Die neuesten Proceßlehrer sind auch wirklich zum Theile wieder zu der älteren Behandlung zurückgekehrt[7]). Hält man sich nun aber an Dasjenige, was der teutsche Gerichtsgebrauch in Folge einer richtigen oder unrichtigen Auslegung des Röm. und canon. Rechtes, oder der Reichsgesetze den causis summariis mit wenigstens vorherrschender Uebereinstimmung beizählte, so dürfte das summarische Verfahren in folgenden Fällen zu rechtfertigen seyn:

I. Bey geringfügigen, s. g. Bagatellsachen[8]). Welche Sachen als geringfügig zu betrachten

---

[5]) Z. B. C. G. O. v. 1555 Th. II. Tit. 23 u. Th. III. Tit. 3. §. 8.

[6]) Vergl. Mittermaier im Arch. für civil. Prax. Bd. VIII. Heft 1. S. 111 flg.

[7]) Mittermaier a. a. O. S. 107 flg. Heffter Institut. 420 flg. Linde Lehrb. §. 329. Mühlenbruch Entw. §. 585 flg.

[8]) Nov. 17. c. 3. wo die Worte ἀγράφως τέμνειν gewiß

seyen, ist freilich gemeinrechtlich nicht bestimmt [9]), und es ist auch nicht zu läugnen, daß die Bestimmung des Begriffes der Geringfügigkeit nach einer feststehenden Summe in einzelnen Fällen zur Unbilligkeit führen, ja selbst dem Streite darüber, ob ein Gegenstand geringfügig sey oder nicht, keineswegs immer vorbeugen könne [10]); — allein der Satz an sich, daß Bagatellsachen summarisch verhandelt werden sollen, ist doch aus Gründen der Zweckmäßigkeit von jeher in der Theorie sowohl, als in der Praxis anerkannt worden. Die näheren Bestimmungen desselben müssen gleichwohl in vorkommenden Fällen aus den einschlägigen Particulargesetzen geholt werden.

II. Bey Alimentensachen. Das Röm. Recht enthält jedoch nur die Vorschrift, daß, wenn die Paternität abgeläugnet wird, um der Alimentationspflicht zu entgehen, die Richter jenen Präjudicialpunct summatim untersuchen [11]), — so wie, daß Alimentationsgesuche auch an

---

auf eine Beschleunigung des Verfahrens hindeuten sollen. Ob auch fr. 1. D. 50. 13. (De extraord. cognit.) analog hieher bezogen werden soll, wie Heffter Instit. S. 421 lit. i. will, ist doch sehr zu bezweifeln.

[9]) Mittermaier im Arch. für die civ. Prax. Bd. VIII. Hft. 1. S. 116 glaubt mit Rücksicht auf Landesgesetze und Praxis eine Sache, deren Betrag nicht 50 fl. übersteigt, für geringfügig erklären zu dürfen.

[10]) Mittermaier a. a. O. J. N. Borst Grundlin. für eine vern. Ges. S. 84.

[11]) F. 5. §. 8. D. 25. 3. (De agn. et alend lib.)

Feyertagen von der Obrigkeit angenommen werden sollen. [12]) Diese Bestimmungen rechtfertigen noch keineswegs den allgemeinen Satz, daß alle Klagen auf Alimente summarisch zu verhandeln seyen. Selbst die C. G. O. von 1555 [13]) läßt sich vernünftiger Weise nicht so generell auslegen. Daher hat man das summarische Verfahren mit Recht auf solche Fälle beschränkt, wo entweder bey anerkannter Alimentationsverbindlichkeit nur über das Quantum oder gewisse Nebenbestimmungen laufender Alimente gestritten wird, oder wo die Verbindlichkeit wenigstens wahrscheinlich gemacht und Gefahr auf dem Verzuge ist. [14])

III. Bey Baustreitigkeiten, aber wohl nur in so ferne, als entweder periculum in mora vorhanden ist, [15]) oder der Streit auf eine novi operis nuntiatio sich bezieht. [16])

---

[12]) Fr. 2. D. 12. (de feriis).

[13]) Thl. III. Tit. 3. §. 12.

[14]) Mittermaier a. a. O. S. 126. Heffter Instit. S. 421. lit. d.

[15]) In Folge der allg. Bestimmung der C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 3. §. 8.

[16]) C. un. C. 8. 11. (De novi op. nunt.) Die Verordnung von Kaiser Zeno (c. 12. C. 8. 10. De aedif. priv.) enthält eine Bauordnung, aus welcher etwa nur der §. 7. für die schnellere Verhandlung solcher Sachen angeführt werden könnte, wenn die Stelle überhaupt anwendbar wäre. — Vergl. über das Ganze Mittermaier a. a. O. S. 128. flg.

Gränzstreitigkeiten eignen sich zwar zu einem ausserordentlichen, aber nicht zu einem summarischen Verfahren. [17])

IV. Bey Besitz-Streitigkeiten. [18])

V. Bey Provocationen ex lege Diffamari,[19]) und Si contendat.

VI. Bey s. g. Gesindesachen, [20]) wohin jedoch nur Streitigkeiten über den laufenden Dienstlohn, über Antritt, Dauer und Aufkündigung des Dienstes, und über die aus dem Dienstvertrage selbst entstehenden Verhältnisse gezählt werden sollen. [21])

---

[17]) Linde Lehrb. §. 329. not. 7.

[18]) Die Rechtfertigung des summarischen Verfahrens bey Streitigkeiten über den Besitz wird weiter unten bey der besonderen Darstellung des s. g. possessorischen Processes geliefert werden.

[19]) C. G. O. a. a. O. §. 16.

[20]) Mit Beziehung auf Nov. 17. c. 3. und auf Stellen des alten u. neuen Testaments (Deut. c. 24. v. 15. Matth. c. 20. v. 8.) wurden Streitigkeiten über Bezahlung des Dienstlohnes schon von R. Maranta l. c. p. 150 Nro. 197. zu den causis summariis gerechnet.

[21]) Mittermaier a. a. O. S. 127.

VII. Bey act. ad exhibendum [22]), bey Interventionen im Executionsverfahren [23]), so wie überhaupt bey bloßen Incidentsachen [24]), also namentlich auch bey Restitutionsgesuchen, welche nur incidenter gestellt werden, [25])

VIII. Wenn um provisorische Besitzeinweisung gebeten wird, namentlich bey der missio ventris nomine, [26]) und ex Carboniano edicto. [27])

IX. Bey Streitigkeiten über die Verpflichtung zu einer stipulatio praetoria. [28])

X. Bey Streitigkeiten zwischen Aeltern und Kindern, in so fern dieselben die Verletzung der häuslichen Gewalt betreffen. [29])

---

22) Fr. 3. §. 9. u. 13. D. 10. 4. (Ad exhibend.)

23) Fr. 15. 4. D. 42. 1. (De. R. J.)

24) Vergl. C. G. O. v. 1555 Theil III. Tit. 3. §§. 1. 2. 3. 9. 10. 11.

25) Heffter Inst. S. 421. lit. c.

26) Fr. 1. §. 14. D. 37. 9. (De ventre in poss. mitt.) C. G. O. a. a. O. §. 26.

27) Fr. 3. §. 4. D. 37. 10. (De Carbon. edict.)

28) Fr. 1. §. 9. D. D. 46. 5. (De stipul. praetor.) C. G. O. §. 28.

29) Fr. 9. §. 3. D. 1. 16. (De off. procons) Vergl.

XI. Bei Ehestreitigkeiten, sie mögen nun häusliche Zwistigkeiten oder Scheidung betreffen. [30])

XII. In allen Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge ist, [31]) also namentlich in Arrestsachen.

Mittermaier a. a. O. S. 134. Für die im Texte angegebene Beschränkung spricht übrigens schon die angeführte Pandectenstelle. — Daß auch Streitigkeiten zwischen dem Vormunde und dem Mündel summarisch verhandelt werden sollen, läßt sich nicht beweisen. Die C. G. O. §. 18 spricht nicht von den processualischen Verhältnissen. Nur dann dürfte der Analogie zufolge eine Ausnahme zu machen seyn, wenn die Beschwerde des Vormundes die Aufrechthaltung seiner disciplinären Gewalt beträfe. Auch Sachen der Reisenden gehören als solche gewiß nicht zu den summarischen. Die Nov. 80 paßt gar nicht hieher. Mittermaier S. 131.

[30]) Clem. 2. De jud. (2. 1), welche unstreitig für die summarische Behandlung dieser Sachen spricht. — Auch ist wohl die summarische Natur des sog. Consistorialprocesses von jeher anerkannt worden (vergl. z. B. schon R Maranta l. c. p. 148. Nro. 172). — Die übrigen in der Clem. cit. aufgezählten causae summariae gehören größtentheils nicht hieher. Nur von Zehent- und Zins-Streitigkeiten läßt sich dieses nicht behaupten. Allein diese werden in der Praxis gewöhnlich nicht mehr summarisch behandelt.

[31]) C. G. O. v. 1555 Th. III. Tit. 3 §. 7. u. 8. u. Th. II. Tit. 23.

XIII. Bei Schuldforderungen, wenn sie sogleich durch klare Urkunden bewiesen werden.[32])

XIV. Bei Beschwerden über Handlungen, welche sich auf keinerlei Weise rechtfertigen lassen (facta nullo jure justificabilia)[33]). Endlich

XV. werden auch Rechnungssachen zu den summarischen gezählt.

§. 4.

Von den verschiedenen Mitteln, eine Beschleunigung des Verfahrens zu bewirken.

Eine Abkürzung des gewöhnlichen Verfahrens läßt sich im Allgemeinen auf doppelte Art denken. Sie kann nämlich bewirkt werden A) durch Hinweglassen, und zwar a) bloßer Formen des ordentlichen Processes[1]), oder b) selbst materieller Bestandtheile[2]); B) durch Zu-

[32]) Dep. Absch. v. 1600 §. 31. u. 32. und unten in der Lehre vom Executivprocesse.

[33]) C. G. O. v. 1555 Thl. II. Tit. 23.

[1]) Z. B. indem, anstatt schriftlich zu überreichender Vorträge, mündliche Vorträge zu Protocoll gestattet werden.

[2]) Z. B. im Executivprocesse, wo illiquide peremtorische Einreden ausgeschlossen sind. — Auch der Satz, daß

sammenrücken processualischer Handlungen, indem entweder a) Handlungen, welche im ordentlichen Verfahren getrennt von einander vorkommen, gleichzeitig vollzogen werden [3]), oder b) doch rascher aufeinander folgen [4]), als Dieses im ordentlichen Processe der Fall ist. Diese Abweichungen treffen jedoch nicht bei allen summarischen Processen zusammen, sondern sind in einzelnen Fällen auf verschiedene Art combinirt [5]).

Wo übrigens die Beschleunigung durch Ausstoßen materieller, und zu einer erschöpfenden Cognition der Sache nothwendiger Bestandtheile bewirkt wird, da kann das richterliche Urtheil in der Regel nur einen provisorischen,

---

kein voller Beweis (nach dem Maaßstabe des ordentlichen Processes) erforderlich seyn, sondern eine bloße Bescheinigung schon hinreichen soll, enthält eine materielle Abkürzung des Verfahrens.

3) Z. B. im Executivprocesse, wo mit dem Vortrage der Klage zugleich der Urkundenbeweis, mit dem Vortrage einer peremtorischen Einrede, wenn diese Gehör finden soll, ebenfalls ein schleuniger Beweis sogleich angetreten werden muß.

4) Indem kürzere Fristen, und diese das erste Mal schon peremtorisch ertheilt werden.

5) Z. B. im s. g. possessorium ordinarium wird von den wesentlichen materiellen Bestandtheilen nichts hinweggelassen, wie im Executivprocesse.

aber keinen peremtorischen Zustand hervorbringen, und es muß demnach in solchen Fällen noch ein Nachholen des Ausgeschlossenen in einem besonderen Verfahren (separatum) gestattet werden [6]).

§. 5.

Eintheilung der summarischen Processe in bestimmte und unbestimmte.

So gewöhnlich es auch in der neueren Zeit geworden ist, die summarischen Processe in bestimmte und unbestimmte einzutheilen, so ist man doch über die Merkmale nicht einig, durch welche sich diese beyden Arten des summarischen Verfahrens von einander unterscheiden sollen. — Daß die eigene Benennung einer summarischen Proceßart allein sich noch nicht zu einer bestimmt summarischen erhebt, ist wohl außer Zweifel [1]), um so mehr, als diese Benennungen oft gar nicht von der Ver-

[6]) J. N. Borst Grundlinien zu einer vernünft. Ges. §. 30 Vergl. noch über diesen §. G. Fr. Puchta in den Erlanger Jahrbüchern der Liter. Bd. IX. Heft 1. S. 1 flg.

[1]) Einige Proceßlehrer führen zwar als ein Kennzeichen der bestimmt summarischen Processe auch an, daß dieselben einen bestimmten Namen haben (Claproth) Einl. in die summ. Proc. § 3. S. 21. Danz Grundſ. der summ. Proc. 3te Ausg. S. 5. Nro. V.; allein auch

fahrungsart, sondern von dem Gegenstande des Processes hergenommen sind. [2]). — Aber auch die Ansicht, — bestimmt summarisch sey ein Verfahren dann, wenn die dabey vorkommenden Abweichungen von dem ordentlichen Rechtsgange durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch vorgezeichnet seyen, — unbestimmt hingegen, wenn solche besondere Normen fehlen, und nur überhaupt eine schnellere Verhandlung dabey vorgeschrieben oder hergebracht sey [3]), — dürfte kaum zu rechtfertigen seyn, weil es keinen summarischen Proceß gibt, dessen Form ganz der richterlichen Willkühr überlassen wäre, und wobey nicht wenigstens die Grundzüge des Verfahrens vorgezeichnet wären [4]).

Das Richtigste scheint zu seyn, bestimmt summarische Processe diejenigen zu nennen, bey welchen (entweder in

---

diese legen auf die eigene Benennung nur in so fern einen Werth, als dadurch eine Eigenthümlichkeit des Verfahrens angedeutet wird.

[2]) Z. B. bey dem possessorischen, und bey dem Provocations=Processe.

[3]) D. Lonh. Ludw. Gottl. Süptiz Lehrb. der summ. Proc. Braunschweig u. Helmstädt 1807. §. 7.

[4]) Denn Clem. 2 de V. S. (5. 11.), auf welche man sich doch bey der Darstellung des unbestimmt summarischen Verfahrens allgemein beruft, enthält schon specielle Vorschriften darüber, welche Handlungen und Formen weggelassen werden dürfen, — und keineswegs blos eine generelle Verweisung auf das vernünftige Ermessen des Richters.

Folge einer gesetzlichen Vorschrift oder des Gerichtsgebrauches) die gewöhnliche Ordnung der wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens abgeändert erscheint, so daß diese in einer anderen Reihe aufeinander folgen, als im ordentlichen Processe; — unbestimmt summarische aber diejenigen, bey welchen die Handlungen in der regelmäßigen Ordnung fortlaufen.

Eigenthümliche Veränderungen der regelmäßigen Ordnung kommen aber im deutschen Prozesse drey vor, und darnach kann man auch dreyerley Formen des bestimmt summarischen Processes aufstellen. — Zuweilen geht nämlich

A. gewissermassen das Urtheil der Vertheidigung des Beklagten voraus (Form des Mandatsprocesses);

B. zuweilen wird sogar ohne Vertheidigung und Urtheil sogleich ein Act der Execution ausgeübt (Eigenthümliche Form des Arrestprocesses); endlich

C. zuweilen muß der Beweis der Klage (und zwar Urkunden-Beweis) vor der Vertheidigung des Beklagten angetreten werden (Executivproceß) [5].

§. 6.

Bestimmte summarische Processe.

A. Mandatsproceß.

Eigenthümlichkeit dieser Proceßart.

In der Regel darf nicht zur Verurtheilung des Beklagten geschritten werden, ohne diesem vorher Gelegenheit

---

[5]) Martin Lehrb. §. 237. Linde Lehrb. §. 327. — Martin zählt auch noch den s. g. Adhäsionsproceß zu

zu seiner Vertheidigung gegeben zu haben. Von dieser Regel findet jedoch zuweilen eine Ausnahme Statt, d. h. unter gewissen Voraussetzungen ist dem Richter erlaubt, unmittelbar auf die Beschwerde des Klägers hin schon dem Beklagten zu gebieten, jenen klaglos zu stellen. Befehle dieser Art nun heißen dem processualischen Sprachgebrauche zufolge mandata, — und das Eigenthümliche des Mandatsprocesses besteht demnach darin, daß der Beklagte gewissermassen [1]) verurtheilt wird, ohne v o r h e r zur Vertheidigung aufgefordert worden zu seyn. — Man unterscheidet übrigens zweierlei Arten von Mandaten, b e d i n g t e, (m. cum clausula) und u n b e d i n g t e (m. sine

---

den bestimmt summarischen Processen. Wenn man jedoch erwägt, daß durch die Adhäsion des Beschädigten nicht die Form und der Gang des Criminalprocesses abändert, sondern nur die Untersuchung und das Urtheil auf Puncte ausgedehnt wird, welche sonst außer dem Zwecke des Criminalverfahrens liegen; — so dürfte die Ansicht G e n s l e r s (im vollst. Comment. zu Martins Lehrb. zu §. 242), — daß die Lehre von dem Adhäsionsprocesse in die Theorie des Criminalverfahrens gehöre, — den Vorzug verdienen. —

Ueber die Eintheilung der summ. Processe in bestimmte und unbestimmte ist noch zu vergl. M ü h l e n b r u c h Entwurf S. 241. Bemerk. zu §. 564.

[1]) Denn ein Urtheil im eigentlichen Sinne ist ein solches Mandat doch nicht, weil ein Urtheil voraussetzt, daß bereits beyde Theile über den streitigen Punkt gehört wurden. Nur dem Inhalte nach stimmt ein mandatum mit einer sententia überein.

clausula). Bedingt nennt man das Mandat dann, wenn zwar dem Beklagten befohlen wird, den Kläger zu befriedigen, aber doch mit dem ausdrücklichen Zusatze, [2]) daß es ihm gestattet seyn soll, binnen einer bestimmten Frist seine Einwendungen vorzubringen, falls er sich zur Befolgung des Mandats nicht für verpflichtet halten sollte; — unbedingt, wenn dieser ausdrückliche Zusatz fehlt. Da die unbedingten Mandate andere Fälle voraussetzen, als die bedingten, und auch ein anderes Verfahren veranlassen, als diese, so ist es nothwendig, beyde auch in der Darstellung von einander zu trennen.

§. 7.

Ueber den Ursprung und die Ausbildung des Mandatsprocesses.

Sehr wahrscheinlich ist die Entstehung des Mandatsprocesses durch das Röm. Recht, und zwar insbesondere durch die — (freilich zu Justinians Zeit nicht mehr practischen [1]), aber doch von den Juristen des Mittelalters da-

---

[2]) Dieser Zusatz heißt in den Reichsgesetzen clausula justificatoria, daher auch die Benennung: m. cum vel sine cl. — C. G. O. 1555. Th. II. Tit. 23. — Die Formen selbst, deren sich das Cammergericht bey Erlassung unbedingter und bedingter Mandate bediente s. bey Danz Grds. der summ. Proc. §. 63. not. b. u. c.

[1]) §. 8. J. 4. 15. (De interdict.) — v. Savigny, Recht des Besitzers, 5te Aufl. S. 407.

für genommenen) — Bestimmungen über das Interdict-Verfahren veranlaßt worden. Dafür spricht nicht bloß die Aehnlichkeit dieser beiden Proceßarten, [2]), sondern auch die ausdrückliche Beziehung auf das Röm. Recht, welche in der C. G. O. von 1555 bey Gelegenheit der Bestimmung vorkommt, in welchen Fällen ein mandatum sine cl. erlassen werden dürfe [3]). Dieses gilt aber freilich

---

[2]) v. Savigny a. a. O. S. 405, Not. 3 und 4. Selbst dann, wenn man annimmt, daß das interdictum nicht auf einseitiges Vorbringen des Klägers von der Obrigkeit ausgesprochen wurde, (Heffter Instit. S. 394 Nro. 3. u. S. 437. Not. 22. Schweppe R. Rechtsgeschichte. 2te Aufl. §. 579. Not. 1.) bleibt doch immer noch die Aehnlichkeit, daß das Interdict ein unmittelbares Gebot oder Verbot enthielt, ohne die etwa schon vorgebrachten Einwendungen des Beklagten zu berühren. Diese Einwendungen waren vielmehr Gegenstand des nachfolgenden Verfahrens, für welches, wie gewöhnlich, ein judex bestellt, und eine eigene formula ertheilt wurde. — Das Interdict an sich, seinem Wortlaute nach, war, wie das unbedingte Mandat, immer ein Befehl, worin weder auf die etwa vorher schon vorgebrachten Einwendungen des Beklagten Rücksicht genommen, noch diesem zu einer nachträglichen Vertheidigung ausdrücklich Gelegenheit gegeben wurde. — Vergl. Haubold in der Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. 3 Bd. S. 372 u. 373. — Die Römische mulctae dictio, welche Heffter (Inst. S. 437 Not. 22.) hier anführt, hat vorzüglich Aehnlichkeit mit den mand. de non offendendo.

[3]) Th. II. Tit. 23 in med. „und sonst andern Fällen, in denen

nur von Dem, was den Hauptcharakter des Mandatsprocesses ausmacht. Denn für die einzelnen, untergeordneten Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens würde man allerdings im Röm. Rechte vergebens die Quelle suchen. Die Form, in welcher das gemeine Recht den Mandatsproceß gegenwärtig kennt, hat derselbe vielmehr durch teutsche Reichsgesetze, und die darauf fortbauende Doctrin und Praxis erhalten. Der allmählige Entwickelungsgang scheint dabei folgender gewesen zu seyn [4]). Schon vor der C. G. O. von 1555 wurden nicht selten Strafbefehle (mandata poenalia) in dem oben angegebenen Sinne erlassen, und zwar, wie es scheint, nur unbedingte [5]). — Je mehr man aber fühlen mochte, wie leicht dem Beklagten durch solche Befehle Unrecht geschehen könne, desto geneigter war man auch, ungeachtet der alle Vertheidigung ausschließenden Wortfassung des Mandats, doch den Beklagten hinterher mit seinen Einwendungen zu hören, besonders mit der Einrede des erschlichenen Mandats (exc. sub-vel obreptionis), für deren Zuläßigkeit, selbst gegen

---

vermög der Rechte a praecepto angefangen werden mag." — Daß hier das Röm. Recht gemeint war, ist nicht zu bezweifeln. Auch die älteren Practiker haben dieses vorausgesetzt z. B. Gaill. obs. lib. I. obs. 13. Nro. 4.

[4]) Vergl. Danz Grdsze. des Reichsgerichtsprocesses §. 283. u. 288. — Eichhorn deutsche Staats- u. Rechtsgeschichte. 3 Bd. §. 463. Nro. 2. — Mittermaier der gem. deutsche Proc. 4 Beytr. S. 129 flg.

[5]) R. A. v. 1527. §. 4. — v. 1530. §. 92. — C. G. Ref. v. 1531. §. 24.

kaiserliche oder päbstliche Rescripte, sogar positive Gründe aus dem Röm. und canonischen Rechte angeführt werden konnten [6]). Die Anerkennung des Widerspruches, in welchem solche Befehle mit dem Grundsatze des gemeinen Rechts standen, daß in gerichtlichen Sachen nicht mit der Execution und mit Mandaten angefangen werden soll, vermochte endlich sogar die Reichsgesetzgebung, in der C. G. O. von 1555 ausdrücklich zu bestimmen, daß in Zukunft, — einige Fälle ausgenommen, — an dem kaiserl. Cammergerichte „die mandata und Gebott nit anderst, dann mit Einverleibung clausulae justificatoriae erkannt werden sollen" — und daß auch in den Ausnahmsfällen, wo Mandate ohne diese Clausel erlassen werden dürften, Derjenige, wider den das Mandat ergangen, die Freyheit haben soll, nach Vollziehung desselben, oder im Ungehorsamsfalle nach Entrichtung der ihm angedrohten Strafe, seine Einwendungen vor dem ordentlichen Gerichte anzubringen und auszuführen [7]). — Diese Vorschrift der C. G. O., welche zuerst den Unterschied zwischen unbedingten und bedingten Mandaten gesetzlich statuirte, enthielt auch zugleich die Grundlage für das Verfahren, welches zwar in der Folge in einzelnen Punkten näher bestimmt [8]), im Wesentlichen aber nie abgeändert wurde.

---

[6]) c. 2. u. 4. C. 1. 22. (Si contra jus vel utilit.) — c. 2. u. 19. X. 1. 3. (De rescript.) Eichhorn a. a. O. not. i.

[7]) C. G. O. v. 1555. Th. II Tit. 23.

[8]) R. A. v. 1570 §. 82. — v. 1594 §. 57 und 75 bis 80. — Concept der C. G. O. Th. II. Tit. 25. §. 16. D. A. v. 1600 §. 29. — 36. J. R. A. §. 79.

§. 8.

Von dem unbedingten Mandatsprocesse insbesondere.

I. Fälle in welchen er Statt findet.

Die reichsgesetzlichen Bestimmungen darüber, in welchen Fällen mandata sine claus. erlassen werden dürfen, finden sich vorzugsweise in der C. G. O. von 1555 [1]) und in dem Dep. Absch. von 1600 [2]). In der C. G. O. werden solche Befehle ausnahmsweise zugelassen, wenn entweder

1) „die Sach und Handlung an ihr selbst von Rechts- oder Gewohnheit wegen verboten, und wo dieselbig begangen, auch ohne einig weiter Erkanntnuß für strafwürdig und unrechtmäßig zu halten (ob factum nullo jure justificabile); oder wenn

2) dem anrufenden Theil eine solche Beschwerde aufgelegt und zugefügt würde, die nach begangener That nicht wiederzubringen wäre (ob damnum irreparabile);

3) wenn die Sach wider den gemeinen Nutz wäre (ob detrimentum reipublicae);

4) wenn die Sach keinen Verzug leiden möchte (ob periculum in mora)."

---

[1]) Th. II. Tit. 23.

[2]) §. 30. bis 34.

Es sind demnach vier Fälle, oder eigentlich vier allgemeine Gründe, (welche auf eine unzählbare Menge einzelner Fälle passen können [3]), — genannt, wegen welcher unbedingte Mandate sollen erkannt werden dürfen; und nach der Aufzählung dieser vier Gründe folgt noch der Zusatz: „in solchen und sonst andern Fällen, in denen vermög der Recht a praecepto ohne vorgehende Erkenntniß angefangen werden mag."

Der Dep. Absch. von 1600 aber enthält noch die nachträgliche Bestimmung, daß auch auf Schuldforderungen aus Obligationen oder Verschreibungen, welche mit der Executivclausel („mit oder ohne Recht") versehen wären, unclausulirte Mandate erlassen werden dürfen.

Die Anwendung dieser letzteren Vorschrift fand nun zwar wenig Schwierigkeit [4]); desto zweifelhafter war aber die Auslegung der angeführten Stelle der C. G. O. Denn auch abgesehen davon, daß schon die vier allgemei-

---

[3]) Darauf sind die Worte des R. A. von 1594 §. 79 zu beziehen: „dieweil nicht möglich, alle Fälle, darauf mandata sine clausula erkannt werden mögen, unterschiedlich zu erzählen."

[4]) Vor dem D. A. von 1600 (denn schon früher wurden von dem Cammergerichte mand. s. cl. auf Schuldverschreibungen erkannt, wie sich aus dem Inhalte dieses Gesetzes selbst ergibt) waren allerdings einige Punkte bestritten, z. B. ob nicht auch ein der Obligation einverleibtes juramentum die Executivclausel ersetzen könne u. dgl. Allein diese Zweifel wurden eben durch diesen D. Absch. gelöst.

nen Gründe weder durchgehends bestimmt genug ausgedrückt [5]), noch mit logischer Schärfe gesondert waren [6]) so blieb doch immerhin ungewiß, auf welche „sonst anderer" Fälle der Zusatz bezogen werden soll. Parteien und Anwälde benützten diese Unbestimmtheit, um das Gebiet der unbedingten Mandate, wodurch die Austräge umgangen werden könnten, so viel wie möglich auszudehnen [7]), so daß man sich genöthigt sah, in dem J. R. A. [8]) zu verordnen „daß mand. s. cl. allein in den vier Fällen causis pignorationis, de relaxandis captivis und andern in der C. G. O. und Reichsverfassungen enthaltenen Fällen erkannt, und außer denselben nicht zugelassen werden sollen"; eine Verordnung, welche dem Cammergerichte in dem Vis. Absch. von 1713 [9]) neuerdings eingeschärft wurde. — Die Theorie aber war auf verschiedene Weise bemüht, jener Un=

---

[5]) So läßt z. B. der dritte Grund (detrimentum rei publ.) eine so weite Auslegung zu, daß zuletzt alle fiscalischen Klagen zum unbedingten Mandatsprocesse sich eignen würden, was doch gewiß nicht die Meinung der Reichsgesetzgebung war. Auch der erste Grund ist seiner Allgemeinheit und Vieldeutigkeit wegen häufig mißbraucht worden. Vergl. Mittermaier der gem. d. Proc. IV Beytr. S. 132 u. 133.

[6]) Z. B. der zweyte und vierte Grund.

[7]) s. G. Rodingi Pand. jur. camer. (Frcfti. 1688) lib. I. tit. 12. §. 37 — Joann. Steph, Pütter nova epit. proc. im. ed. 4. lib. VII. c. 1. §. 151.

[8]) §. 19.

[9]) §. 9.

bestimmtheit abzuhelfen. Einige Rechtslehrer, — obwohl anerkennend, daß eine erschöpfende Aufzählung unmöglich sey, suchten wenigstens die Fälle zusammenzustellen, in welchen reichsgerichtliche Präjudicien für die Statthaftigkeit eines unbedingten Mandats sprachen [10]); andere dagegen wollten die Sache auf ganz einfache, allgemeine Grundsätze zurückführen [11]). Diese letztere Methode ist denn auch — wie sich dieses nach dem Gange der Wissenschaft überhaupt nicht anders erwarten ließ, — von den neueren Schriftstellern über Proceß beybehalten worden. — Die Ansichten sind indeß freylich auch unter diesen nicht übereinstimmend. Während nämlich Einige den unbedingten Mandatsproceß schlechterdings nur in der Voraussetzung eines (erwiesenen) facti nullo jure justif. zulassen [12]), nehmen Andere a) die vollkommene Liquidität eines Anspruches durch öffentliche Urkunden, und b) die bescheinig-

---

10) Jac. Blumen proc. cameral. (Francof. 1676) Tit. XXXIV. §. 69 sq. G. Roding l. c. lib. I. Tit. 12. §. 36 sq. Nach Ludofs Bemerkung (De jure camerali Frcf. 1739 Sect. I. §. 10. p. 127.) hat Blumen die Fälle aus der Präjudiciensammlung eines ungenannten Cammergerichts Assessors ausgeschrieben, welche Gylmann in sein Symphorem. aufgenommen hatte. — Von den Neueren hat noch Claproth (Einl. in die summ. Proc. §. 9.) die Fälle zusammengestellt.

11) Coccej. Dissert. De abusu mand. sine claus. §. 25. Ludolf l. c. Sect. I. §. 10. p. 119. u. 120. — Pütter nov. epit. §. 151.

12) v. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens 4te Aufl. §. 233 — Linde Lehrbuch §. 355.

te Gefahr eines unersetzlichen oder doch schwer zu vergütenden Schadens als Rechtfertigungsgründe dieser Proceß-Art an [13]) Noch Andere endlich gestatten ein unbedingtes Mandat in drey Fällen, nämlich a) wenn eine Handlung oder ein Ereigniß schleunige Rechtshülfe nöthig macht (ob periculum in mora); b) wenn ein klares Unrecht nachgewiesen werden kann, ohne daß sich gegründete Einwendungen oder Schutzreden des Gegners irgend erwarten lassen (ob fact. nullo jure justif.) endlich c.) wenn sonst der Executivproceß Statt finden würde, der Kläger aber seine Ansprüche sogleich durch öffentliche Urkunden zu rechtfertigen im Stande ist [14]). — Von diesen verschiedenen Theorien entspricht gewiß die letzte den Bestimmungen der Reichsgesetze am Meisten, ohne dabey die Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens aufzuopfern. Denn eine sehr dringende Gefahr kann ja sogar eine executive Einschreitung (im Arrestprocesse), also gewiß noch vielmehr einen unbedingten Befehl rechtfertigen: — wenn dem Impetraten eine Handlung verboten wird, wozu er in gar keinem Falle ein Recht haben konnte, so liegt in der Unterlassung des vorläufigen Gehörs offenbar auch keine Verletzung desselben [15]); und

---

[13]) Martin §. 245. — Vergl. Gensler vollst. Comment. II. S. 57 flg.

[14]) Heffter Inst. S. 438 u. 439 Nro. 20 a. E.

[15]) Man muß nur hier eine Handlung voraussetzen, welche vorzunehmen der Impetrat in keiner Lage berechtigt seyn konnte. In dieser Voraussetzung wird wenigstens

für ein mandatum de solvendo aus einer öffentlichen Schuldverschreibung läßt sich außer der klaren gesetzlichen Vorschrift gleichfalls anführen, daß durch die Liquidität der Forderung und durch die Unwahrscheinlichkeit einer Ein-

---

ein mandatum prohibitorium s. cl. nie eine Verletzung des Beklagten enthalten. Denn selbst dann, wenn dieser die Handlung, welche ihm der Kläger zur Schuld legt, gar nicht begangen hätte, — (obwohl eine solche Täuschung des Richters nach den neueren Reichsgesetzen nicht leicht mehr vorkommen kann, weil diese eine Bescheinigung der Klage fordern), — so wäre er doch etwa nur in so fern gekränkt, als ihm zugemuthet würde, er sey fähig, eine solche Handlung zu begehen. Verlieren würde er aber nichts, selbst im Falle einer Strafandrohung nicht, weil er ja freiwillig unterläßt, was ihm das Mandat verbietet; die Strafe aber nur auf den Fall einer Ueberschreitung des Verbots angedroht ist. — Nur bey mandatis restitutoriis, d. h. wenn dem Impetraten nicht bloß befohlen würde, in Zukunft eine Handlung zu unterlassen, sondern wegen einer schon begangenen Ersatz zu leisten u. dgl., wäre eine Rechtsverletzung möglich, nämlich in so fern der Impetrat doch unschuldig seyn könnte. Allein solche mandata restit. ob fact. nullo jure justif. wurden auch gewiß viel seltener, und nur dann erkannt, wenn über die Schuld des Beklagten gar kein Zweifel existirte. — Das passendste Beyspiel zur Erläuterung der unbedenklichen Zulässigkeit eines unbedingten mand. inhibitor ob fact. n. j. j. gibt der Fall einer gewaltsamen Besitzstörung, oder des Versuches einer gewaltsamen Selbsthülfe.

rede die Nothwendigkeit, den Schuldner vorher noch zu hören, wenigstens bedeutend vermindert wird. — Die Einwendung, daß in dieser Theorie weder von dem detrimentum reipubl. noch von den „andern Fällen," deren die C. G. O. in dem Zusatze erwähnt, eine Meldung geschieht; — so wie, daß periculum in mora und damnum irreparabile nicht besonders angeführt werden, läßt sich viel leichter beseitigen, als die Einwürfe, welche den zwey ersten Ansichten entgegenstehen [16]). Denn, wo ein unersetz-

16) Denn die Ansicht, daß nur ein fact. nullo jure just. die Erkennung eines unbedingten Mandats rechtfertigen könne, läßt sich doch wohl weder mit der C. G. O., noch mit dem D. A. v. 1600 füglich in Einklang bringen. In der C. G. O. ist das periculum in mora als ein dem factum non justif. coordinirter Rechtfertigungsgrund eines mand. s. cl. angeführt; und nur dann, wenn dieser Grund ohne ein factum non justif. gar nicht vorkommen könnte, wäre man berechtiget, ihn, als in dem letzteren schon mitbegriffen, mit Stillschweigen zu übergehen. — Gefahr auf dem Verzuge kann aber allerdings auch ohne Voraussetzung eines solchen Factums vorhanden seyn. — Auf den Fall des D. A. von 1600 aber läßt sich jener Gesichtspunkt auch nicht anwenden, ohne dem herkömmlichen Begriffe eines facti nullo jure justif. einige Gewalt anzuthun. — Der zweiten im §. angeführten Ansicht steht entgegen, a) daß dieselbe, abgesehen von einer drohenden Gefahr immer einen Beweis durch öffentliche Urkunden fordert, während doch ein solcher Urkundenbeweis nur in dem Falle des Dep. Absch. von 1600 vorausgesetzt, in den übrigen Fällen aber, — also namentlich auch bey einem fact. nullo j. j. — ausdrücklich auch eine bloße Bescheinigung schon für

licher Schaden zu besorgen ist, wenn nicht sogleich etwas befohlen wird, da ist auch periculum in mora, und da dieser Grund schon hinreicht, ein m. s. cl. zu rechtfertigen, so wäre es überflüßig, das damnum irrep. noch besonders zu nennen. — Da, wo die öffentliche Ruhe und Sicherheit gefährdet ist, wird in der Regel ein factum nullo jure justificabile zu Grunde liegen; und die von den Cameralschriftstellern angeführten Beyspiele rechtfertigen die Vemuthung, daß das Cammergericht nur in dieser Voraussetzung ob detrim. rep. unclausulirte Mandate erkannte [17]. Was aber die in dem Zusatze erwähnten „anderen Fälle" betrifft, so dürfte die Umgehung derselben seit dem J. R. A. um so weniger zu mißbilligen seyn, als gerade dieser allgemeine Zusatz am Meisten dazu geeignet war, den Mißbrauch der Ausdehnung des Mandatsprocesses zu begünstigen, welchem der J. R. A. Gränzen setzen wollte [18].

---

hinreichend erklärt wird. R. A. v. 1594 §. 79. u. J. R. A. u. 79. b.) Daß nach dieser Theorie auch bey Mandatsgesuchen wegen einer Schuldforderung das Hauptgewicht auf die Liquidität des Anspruches durch öffentliche Urkunden gelegt wird, während doch die historischen Gründe der Zulassung unbedingter Mandate in diesem Falle vorzüglich mit den in der Verschreibung vorkommenden Executivclauseln zusammenhängen, wie der D. A. v. 1600. deutlich zeigt. — Danz Grds. des Reichsgerichtsprocesses. §. 287.

17) S. u. A. Blumen a. a. O. Tit. 34. §. 72.

18) Der J. R. A. §. 79. spricht auch wirklich nur von den

§. 8.

II. Verfahren in dem unbedingten Mandatsprocesse.

a) Einrichtung der Klage.

Das Gesuch um Erkennung eines unbedingten Mandats kann ebensowohl mündlich als schriftlich gestellt werden. — Uebrigens sind aber die Erfordernisse, welche der Impetrant zu beobachten hat, verschieden, je nachdem der Grund beschaffen ist, durch welchen er seinen Antrag zu rechtfertigen sucht. Beruft er sich nämlich 1) auf drohende Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu vergütenden Schadens, so muß er die erheblichen Thatsachen wenigstens wahrscheinlich machen [1]). Dasselbe gilt auch 2) wenn er ein unbedingtes Mandat ob factum nullo jure justific. bewirken will [2]). Bezieht sich aber 3) das Ge=

---

in der C. G. O. u. den Reichsverfassungen selbst enthaltenen Fällen, scheint also den Zusatz in der C. G. O., welcher sich auf das Röm. R. bezieht, auszuschließen.

1) R. A. v. 1594 §. 79. „die narrata sollen verisimiliter bescheint werden." J. R. A. §. 79: „etlicher massen bescheinen."

2) Nach den in der vorigen Note allegirten Stellen ist es unrichtig, wenn Gensler (Comment II. S. 59 u. 60) auch hier einen Beweis durch öffentliche Originalurkunden verlangt. — S. Mittermaier der gem. deutsche Proc. Beytr. IV. S. 137. not. 31.

such auf eine Schuldforderung, so muß er die Verschreibung oder Schuldurkunde sogleich in originali beylegen [3]).

§. 9.

b) Richterliche Verfügung.

Wenn der Richter die Sache zur Erkennung eines unbedingten Mandats geeignet und auch gegen die Einrichtung der Klage nichts Erhebliches zu erinnern findet, so erläßt er unter Mittheilung des Gesuches an den Impetraten das erbetene Mandat nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles, mit deutlicher Bestimmung dessen, was der Impetrat zu thun oder zu unterlassen habe, und mit einer Strafandrohung auf den Fall des Ungehorsams [1]) —

---

[3]) Daß die Urkunden öffentlich seyn müssen, folgt aus §. 34 des D. A. von 1600, und hat auch den allgemeinen Grund für sich, daß bei einer bloßen Privaturkunde die Ungewißheit der Aechtheit die vorläufige Vernehmung des Imploraten nöthig machen würde. — Martin §. 245 not. c. — Vergl. jedoch noch Linde Lehrb. §. 356. not. 3. — Ausserdem fordert der D. A. noch ganz bestimmt, daß die Verschreibung eine executorische Clausel („mit oder ohne Recht" oder dgl. s. Roding Pand. cam. lib. I. Tit. 12. §. 104. — Danz Reichsgerichtsproc. §. 287.) enthalten müsse — Heutzutage wird aber freilich auf dieses Erforderniß nicht mehr mit Strenge gehalten; es genügt, wenn nur die Schuldurkunde eine öffentliche ist.

[1]) Mittermaier der gem. d. Pr. Beytr. IV. S. 138.

Seit dem Reichs-Abschiede von 1570 [2]) mußte dem Mandate zugleich auch eine Ladung des Impetraten einverleibt werden, in einem bestimmten Termine zu erscheinen, und sich entweder über die geschehene Befolgung des Mandats auszuweisen, oder aber zu sehen, wie er in die angedrohte Strafe verurtheilt werde (citatio ad docendum de paritione, aut videndum se declarari in poenam mandato insertam). — Bey den reichsständischen Gerichten wurde zwar diese Vorschrift des R. A. v. 1570 gewöhnlich nicht beobachtet [3]); da jedoch durch jene Ladung dem Beklagten zugleich Gelegenheit verschafft wird [4]), seine allenfallsigen Einwendungen vorzubringen, also dieselbe als ein Mittel erscheint, daß auf einseitigen Antrag erlassene und sohin der Rechtskraft nicht fähige Mandat in eine

---

[2]) § 82. — Wiederholt wurde diese Vorschrift in den R. A. von 1594. §. 57. — Die Bitte um diese Ladung mußte mit dem Mandatsgesuche ausdrücklich verbunden werden. Außerdem wurde das Mandat selbst abgeschlagen.

[3]) v. Grolman im Magazin von Martin und Walch, Heft II. Abh. V. S. 155. a. E.

[4]) In der gewöhnlichen Formel, deren sich die Reichsgerichte bei Erkennung unclausulirter Mandate bedienten, kommt sogar ausdrücklich der Zusatz vor: „oder aber beständige, erhebliche Ursachen und Einreden, ob ihr einige hättet, warum solche Erklärung (in die Poen) nicht geschehen sollte, in Rechten gebürlich vorzubringen." — Pütter nova epit. lib. VII. c. 2. §. 157. not. e.

Sentenz, — wenigstens in ein Contumacialurtheil zu verwandeln [5]), so soll sie nie unterlassen werden [6]).

§. 10.

c) Ferneres Verfahren.

Das weitere Verfahren hängt von dem Verhalten des Impetraten ab. — Die möglichen Fälle sind folgende:

I. Der Impetrat leistet dem Mandate Folge, und weist sich in dem Paritionstermine gehörig darüber aus. — In diesem Falle hat der Mandatsproceß ein Ende, vorausgesetzt, daß der Impetrant mit der Art der Befolgung zufrieden ist [1]). In so fern jedoch das Mandat nur eine provisorische

---

[5]) S. die in der Note 3 angeführte Abhandlung von Grolman.

[6]) Mittermaier a. a. O. S. 138 u. 139.

[1]) Denn ist der Impetrant mit der nachgewiesenen Parition nicht zufrieden, so hat der Richter, nach vorläufiger Vernehmung beyder Theile hierüber noch zu entscheiden. — Die Gestattung eines Schriftenwechsels über diesen Punkt läßt sich aber mit der Natur dieser Proceßart nicht vereinigen. — Mittermaier a. a. O. S. 140. not. 37. — Wenn der Impetrat zeigt, daß er dem Mandate zum Theile bereits wirklich Folge geleistet habe, und wegen der Leistung und des noch Fehlenden um Frist bittet, so kann ihm diese nach Umständen, je-

Maaßregel enthielt [2]), kann allerdings jetzt noch ein neues, selbst ordentliches Verfahren eintreten, in dem bald der bisherige Impetrant [3]), bald der bisherige Impetrat [4]) als Kläger erscheint [5]). Auch bey mandatis de solvendo auf öffentliche Schuldverschreibungen kann noch nach der Analogie des Executivprocesses ein nachträgliches Verfahren nöthig werden, wenn nämlich der Schuldner nur mit Vorbehalt der besonderen Ausführung seiner Einreden die Zahlung geleistet hat.

§. 11.

Fortsetzung.

II. Der Impetrat läßt das Mandat unbefolgt.

In diesem Falle wird auf vorhergehende Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des Impetranten der Befehl

---

doch nicht auf zu lange Zeit bewilliget werden. J. R. A. §. 97. — Gesuche um Prorogation des Paritionstermines überhaupt sind aber ohne besonders erhebliche Ursachen abzuschlagen. Dep. Absch. n. v. 1600 §. 49. J. R. A. §. 76.

[2]) Was immer der Fall ist, so oft ein m. s. cl. blos ob periculum in mora erkannt wurde.

[3]) Z. B. wenn ein Gläubiger ein Arrestmandat gegen seinen Schuldner erwirkte.

[4]) Z. B. wenn der Besitzer ein mandatum s. cl. de non turbando gegen Denjenigen ausbrachte, der sich ein Recht auf die Sache zuschreibt.

[5]) Die Einleitung dieses Nachprocesses kann zuweilen durch eine provocatio ex l. Diffamari beschleuniget werden.

unter Ansetzung einer angemessenen Frist, und mit der Drohung erneuert, daß im Falle eines fortgesetzten Ungehorsams die Exekution verhängt werden würde, welche sodann auf Imploration des Klägers wirklich erfolgt [1]. — War in dem Mandate auch eine Strafe angedroht, so soll die Execution auch auf diese ausgedehnt werden [2].

§. 12.

Fortsetzung.

III. Der Impetrat erscheint und bringt Einwendungen gegen das Mandat vor.

Dem Wortlaute eines unbedingten Mandats zufolge möchte es zwar scheinen, als wenn dem Beklagten die Möglichkeit einer Vertheidigung hier gänzlich abgeschnitten wäre. Allein in der That verhält es sich nicht so. Schon die C. G. O. v. 1555 erlaubte Demjenigen, wider den ein unbedingtes Mandat ergangen war, wenigstens

---

1) Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 23. flg. Süptiz Lehrb. §. 34. — Martin §. 246. not. c. — Bey den Reichsgerichten mußte zuerst um eine s. g. paritoria simplex, und, wenn auch diese fruchtlos blieb, um paritoria ulterior gebeten werden; dann erst erfolgte das mandatum de exequendo. — Pütter nov. epit. lib. VII. §. 165. Danz Reichsgrchtsproc. §. 296.

2) Bey den Reichsgerichten sollen nach Ludolfs Zeugniß (Com. syst. de jure camer. Sect. I. §. 10. No. 21, et 22.) die wiewohl so oft wiederholten Strafandrohungen selten exequirt worden seyn.

nach der Parition, oder nach der Entrichtung der Strafe bey dem ordentlichen Gerichte seine Einwendungen nachzuholen [1]), und späterhin wurde sogar in der dem Mandate beygefügten Citationsformel dem Impetraten ausdrücklich Gelegenheit gegeben, die declaratio poenae selbst durch „beständige und erhebliche Ursachen und Einreden, warum solche Erklärung nicht geschehen solle“ — abzuwenden [2]). Nur ist A) die Form und die Stellung der Vertheidigung des Impetraten im Mandatsprocesse eine andere, als im ordentlichen Verfahren, und B) sind nicht alle Einwendungen zuläßig, deren man sich im ordentlichen Processe bedienen kann. Während nämlich ad A) im ordentlichen Verfahren die Vertheidigung unmittelbar auf die Klage, und dann erst das Urtheil folgt, geht hier der richterliche Ausspruch der Vertheidigung voraus [3]).

Was aber ad B) die in dem Mandatsprocesse zuläßigen Einreden betrifft, so hat man schon sehr bald [4]) die

---

[1]) C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 23.

[2]) S. Pütter nov. epit. §. not. e.

[3]) Aus diesem Grunde ist es eigentlich unpassend, für die Vertheidigung des Impetraten im unbedingten Mandatsproceße den Ausdruck „Einreden oder except.“ zu gebrauchen. Die Einrede steht der Klage unmittelbar entgegen. Hier liegt bereits der richterliche Befehl in Mitte. Das Mandat kann angefochten, impugnirt, aber es kann nicht mehr gegen die Klage excipirt werden.

[4]) Mem. vis. 1579. §. 10. — Pütter l. c., §. 160. not. a.

Bestimmung des Röm. [5]) und canonischen [6]) Rechts, daß ein Rescript nur in der Voraussetzung gelten soll, „si preces veritate nitantur" auch auf die unbedingten Mandate übergetragen, und daher die s. g. exceptio sub- vel obreptionis zugelassen. Unter dieser exceptio verstand man aber nicht etwa eine einzelne, auf einer bestimmten Thatsche beruhende Einrede, sondern überhaupt die Einwendung des Impetraten, daß das Mandat erschlichen worden sey, entweder durch Anführung falscher Umstände (subreptio), oder durch Verschweigung wahrer (obreptio) [7]). In diesem weiten Sinne umfaßte sie in der That Alles, was nur irgend der Beklagte auch im ordentlichen Processe zu seiner Vertheidigung hätte anbringen können; — nicht bloß das Abläugnen der dem Mandatsgesuche zu Grunde gelegten Thätsachen, sondern auch alle peremtorischen und die meisten dilatorischen Einreden, weil man es offenbar auch unter den Begriff der obreptio subsumiren konnte, wenn der Impetrant einen Umstand verschwieg, durch welchen sein Recht entweder als gänzlich aufgehoben, oder doch wenigstens die Verfolgung desselben als zur Zeit noch unstatthaft erschien. — Eine nothwendige Folge des Gebrauches dieser Einrede war daher, daß der unbedingte Mandatsproceß, — welchen doch selbst die Reichsgesetze als einen

---

[5]) c. 2. u. 4. C. Si contra jus vel util. (1. 22.) — c. 7. C. De divers. rescript. (1. 3.)

[6]) c. 2. X. De rescript. (1. 3.)

[7]) Der Sprachgebrauch ist jedoch hiebey nicht durchgehends übereinstimmend. S. Glück Comment. Bd. I. S. 544. not. 98.

„summarischen und privilegirten“ namentlich auszeichneten [8]), beynahe eben so lange dauerte, als der ordentliche. Um diesem Uebelstande abzuhelfen, schrieb zwar schon der R. A. von 1594 [9]) vor, daß in Sachen mandatorum s. cl. keine Auszüge dann allein sub- et obreptionis, item maleficii, banni, privationis und dergleichen zuzulassen,“ und in dem Deputationsabschiede von 1600 [10]) wurde ferner, bestimmt, „daß (in puncto sub- et obreptionis) schleunig procedirt, und jedesmal Dasjenige, was ad causam principalem gehörig, nicht eingemischt werden soll“.

Allein auch durch diese Verordnungen war nicht viel gewonnen; durch die erste nicht, weil darin der Begriff der exc. sub- vel obrept. nicht genauer bestimmt, und überdieß durch den Zusatz, „und dergleichen“ sogar Veranlassung zu noch größerer Vervielfältigung von Einreden gegeben wurde; — durch die letztere nicht, weil dieselbe doch nur auf solche Fälle paßte, wo das Mandat bloß eine provisorische oder präparatorische Maaßregel enthielt.

Bei dieser Unvollständigkeit der gesetzlichen Bestimmungen suchte man durch Interpretation nachzuhelfen, deren am Meisten befriedigendes Resultat folgendes zu seyn scheint: [11])

---

8) D. Absch. v. 1600. §. 49.

9) §. 77.

10) §. 61. Vergl. Conc. III. 42. §. 1.

11) Vergl. über das Folgende: Claproth Einl. in die sum. Proc. §. 17. u. 18. Danz §. 72. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 234. b. Martin Lehrb.

1) Da die wesentlichen Grundsätze des gerichtl. Verfahrens, (— abgesehen von der Abweichung in Ansehung des Gehörs des Beklagten, welche gerade das Charakteristische dieser Proceßart ausmacht) — hier eben so wohl, wie im ordentlichen Processe beobachtet werden müssen, so sind alle dilatorischen Einreden zuläßig, deren Außerachtlassung sonst eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge hat.[12])

2) Weil die Einleitung des unbedingten Mandatsprocesses nicht von der Willkür des Richters abhängt, so muß der Impetrat auch mit der Einwendung gehört werden, daß in dem concreten Falle die Bedingungen dieser Proceßart nicht vorhanden waren, — daß also gar nicht darauf hätte erkannt werden sollen (except. non rite formati processus[13])

---

§. 247. Süptitz Lehrb. §. 35 Linde Lehrb. §. 357. besonders Mittermaier der gem. deutsche Proc. Beytr. IV. S. 142 flg.

[12]) Z. B. die exc. forideclin. — deficientis legitim. ad processum, def. person. standi in judicio. — Auf die zuletzt genannten Einreden bezieht sich ausdrücklich schon der R. A. v. 1594 §. 77. — Daß die gerichtsablehnenden Einreden hier nicht von der Verbindlichkeit befreyen sollen, die übrigen peremtorischen sogleich vorzubringen, ist gewiß nicht richtig. Mittermaier a. a. O. S. 142 not. 44. S. noch D. A. v. 1600 §. 59.

[13]) Z. B. die Einwendung, daß das vorgeschützte periculum in mora nicht bescheiniget worden, oder, daß die vorgelegte Urkunde nicht Original sey u. dgl.

3) Hinsichtlich der peremtorischen Einreden ist zu unterscheiden, ob das Mandat wegen Gefahr auf dem Verzuge, oder in Folge einer öffentlichen Schuldverschreibung, oder endlich ob factum nullo jure justificabile erlassen wurde.

In dem ersten Falle, wo das Mandat nur eine provisorische Verfügung enthält, ohne über das zu sichernde Recht selbst abzusprechen, scheidet sich die vollständige Erörterung der Frage über die Existenz dieses Rechts von selbst als „Hauptsache" aus. Hier ist also die obenangeführte Bestimmung des D. A. v. 1600 vollkommen anwendbar, und demnach sind alle peremtorischen Einreden, welche den vorläufig gesicherten Hauptanspruch des Impetranten als aufgehoben darstellen, auszuschließen, und in das Hauptverfahren zu verweisen. — Weil jedoch die Absicht des D. A. bey dieser Vorschrift nur auf Abkürzung des Mandatsprocesses gerichtet war, dieser aber kein Abbruch geschieht, in so fern eine solche Einrede sogleich bewiesen (liquidirt) wird [14], so läßt man sie unter dieser Voraussetzung auch im Mandatsprocesse zu, wiewohl das Gesetz nicht ausdrücklich davon spricht.

In dem zweyten Falle wäre zwar genau genommen der Dep. Absch. von 1600 §. 61. nicht anwendbar, weil sowohl das Gesuch, als auch das Mandat schon die Hauptsache selbst betreffen. Da jedoch sogar im Executivprocesse die illiquiden peremtorischen Einreden

---

[14]) zu diesem Beweise reichen übrigens auch Privaturkunden hin. — Mittermaier a. O. S. 144.

nicht beachtet, sondern ad separatum verwiesen werden, der unbedingte Mandatsproceß aus öffentlichen Schuldurkunden aber seiner Grundlage und seinem Zwecke nach nicht nur im Wesentlichen mit dem Executivprocesse übereinstimmt, sondern selbst eine noch größere Begünstigung verdient; — so läßt man mit Recht jene Beschränkung hinsichtlich der peremtorischen Einreden auch hier gelten. [15])

In dem letzten Falle endlich wird ohnehin eine wahre peremtorische Einrede selten vorkommen. Wenn aber das factum nullo jure justif. in einer Besitzstörung bestand, welche der Impetrat durch die Anführung petitorischer Gründe rechtfertigen will, so ist derselbe mit diesen Gründen in das s. g. petitorium zu verweisen, welches in diesem Falle die Hauptsache bildet.

§. 13.

Fortsetzung.

Was den Zeitpunkt betrifft, bis zu welchem die in dieser Proceßart zuläßigen Einwendungen angebracht werden müssen, so ist zu unterscheiden zwischen solchen, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nullität zur Folge haben würde, und andern. Die ersten können an keine Frist gebunden, und müßen selbst dann noch berücksichtiget werden, wenn auch wirklich die Execution schon decretirt und eingeleitet ist [1]).

---

[15]) Mittermaier S. 145 a. E.

[1]) Denn die, ungeachtet solcher Einreden doch fortgesetzte Execution würde ja nachher selbst als ungültig angefochten werden können.

— In Ansehung der letzteren aber kommt es wohl darauf an, ob dem Mandate zugleich eine peremtorische Ladung des Impetraten einverleibt war, oder nicht. In dem zweyten Falle wird man auch die Einwendungen, welche das Wesen des Processes nicht betreffen, bis zur Execution zulassen müssen, weil sich ohne peremtorische Ladung eine Präclusion nicht rechtfertigen läßt [2]). In dem ersten Falle dagegen muß der Impetrat diese Einwendungen spätestens in dem Termine, der ihm ad doc. par. gesetzt ist, einbringen [3]). Nachher wird er damit nicht mehr gehört, sondern das Mandat nimmt jetzt die Natur einer

---

[2]) Auch dann, wenn man die Einwendungen im Mandatsprocesse als Impugnationen des Mandats, folglich gewissermassen als eine Art von Rechtsmitteln ansieht, — wird man zu demselben Resultate gelangen. Denn da ein m. s. cl. der Rechtskraft gar nicht fähig ist, (c. 5. C. 7. 57.) so sind auch die dagegen zu führenden Beschwerden an das gewöhnliche Fatale nicht gebunden.

[3]) Dieses muß man zugeben, wenn man nicht mit §. 78. des J. R. A. wenigstens mittelbar in Widerspruch gerathen will: „Nebst diesem solle der Beklagte alle seine Behelff in primo termino, in seinen exceptionibus, unter gewöhnlichem praejudicio sammenhafft einzugeben verbunden seyn." — Denn, wenn der Beklagte, welcher von drey ihm zu Gebote stehenden Einreden in primo term. nur eine vorbrachte, nach dieser Vorschrift der beyden andern verlustig wird, so kann man doch wohl vernünftiger Weise nicht annehmen, daß wenn er den Termin gänzlich versäumt, also gar keine vorgebracht hätte, — er sie alle noch bis zur Execution nachholen dürfe. — Die Cameralschriftsteller (und,

Contumacialsentenz [4]) an, welche auf Verlangen des Impetranten unnachsichtlich zu exequiren ist. — Weil es jedoch dem Impetraten selbst nach freywillig geschehener Befolgung des Mandats noch gestattet ist, seine Einwendungen in einem eigenen Verfahren nachträglich geltend zu machen [5]), so wird man ihm diese Freyheit auch dann einräumen müssen, wenn er sich mit dem Anbringen der Einreden verspätet hatte, so daß sich die Wirkung der Präclusion nur auf den Mandatsproceß allein beschränkt, ohne dem nachträglichen Verfahren zu präjudiciren [6]).

§. 14.

Fortsetzung.

Ueber die richterliche Verfügung und das weitere Verfahren in dem Falle, wenn der Impetrat Einwendungen

---

wie es scheint, die Praxis des C. G. selbst) haben aber freylich diesen Widerspruch nicht geachtet, und dem Impetraten das Recht zu excipiren auch nach Versäumung des ersten Termins noch eingeräumt. S. Pütter nov. epit. §. 162. Danz Reichsgchtspr. §. 295. not. c. u. §. 294. Roding gibt sogar mit Rücksicht auf den J. R. A. dem Beklagten den guten Rath lieber in primo term. gar nicht zu erscheinen, als zu erscheinen, ohne mit Einreden versehen zu seyn, weil in jenem Falle doch nur eine paritoria simplex erfolgen würde. Pant. jur. cam lib. III. Tit. 41. §. 24. — Vergl. den Vis. Absch. v. 1713. §. 83.

4) v. Grolman im Mag. v. Martin Abh. V.

5) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23. a. E.

6) Mittermaier d. g. d. Pr. Beytr. IV. S. 140. bis 142.

gegen das Mandat vorbringt, werden gewöhnlich nur sehr allgemeine Regeln angegeben. — Will man die Sache genauer bestimmen, so muß man folgende Fälle unterscheiden:

I. Der Impetrat sucht sich bloß damit zu helfen, daß er die von dem Kläger angeführten Thatsachen ganz oder zum Theile widerspricht [1]).

In diesem Falle kommt es auf den Rechtfertigungs-Grund des Mandats an. Ist dasselbe in Folge einer von dem Kläger in orig. vorgelegten öffentlichen Schuldverschreibung erlassen worden, so ist auf den blossen Wi-

[1]) Eine Einlassung — Litiscontestation — kann freylich im unbedingten Mandatsprocesse in so fern nicht gedacht werden, als es der Richter vorerst gar nicht zum Streite kommen läßt, sondern vorgreifend schon entscheidet. Allein da es dem Impetranten erlaubt ist, das Mandat als erschlichen darzustellen, und dieses auch dadurch geschehen kann, daß er behauptet, der Kläger habe dem Richter das Factum nicht der Wahrheit gemäß vorgetragen; — da ferner der Impetrant sein Erzählung nicht immer vollständig zu beweisen, sondern nur einiger Maßen zu bescheinigen braucht, also eine Täuschung doch immer dabey möglich bleibt; — so kann man eine widersprechende Antwort des Beklagten weder als schlechthin unzuläßig, noch als unbedingt unwirksam in dieser Proceßart ansehen. Auch zeigt ja die Erfahrung, daß die s. g. exc. subrept. gewöhnlich nichts Anderes ist, als eine Verneinung Dessen, was der Kläger behauptete.

derspruch des Beklagten gar kein Werth zu legen, sondern das Mandat zu bestätigen [2]) War periculum in mora die Veranlassung des Mandats, und der Beklagte läugnet das Recht des Impetranten selbst, welches durch dieses provisorium gesichert werden sollte, so wird gleichfalls nicht darauf geachtet, sondern das Mandat erneuert [3]). Wenn aber der Impetrat die Existenz der von dem Kläger behaupteten Gefahr läugnet und durch sein Vorbringen einen Zweifel an der Richtigkeit der gelieferten Bescheinigung in dem Richter rege macht, so muß allerdings der Impetrant nochmal gehört, und demselben nöthigenfalls der Beweis der angeblich vorhandenen Gefahr aufgelegt werden [4]). Das Nämliche gilt auch dann, wenn

---

[2]) Denn hier hat der Impetrant schon einen vollständigen Beweis für sich, welcher durch einfachen Widerspruch nicht entkräftet, oder auch nur geschwächt werden könnte.

[3]) Denn der vollständige Beweis dieses Rechtes, welches bisher nur bescheiniget worden, gehört zur Hauptsache, und das ad causam principalem Gehörige soll nach dem D. A. v. 1600 §. 61. hier nicht eingemischt werden.

[4]) Die Frage, ob periculum in mora vorhanden sey, oder nicht, kommt später im Hauptprocesse nicht mehr vor; sie erscheint als der nächste und entscheidendste Punkt im Mandatsprocesse selbst. Entsteht daher in dem Richter, ungeachtet der von dem Kläger beygebrachten Bescheinigung, ein Zweifel hierüber, so kann die Beyseitigung desselben nicht verschoben, sondern sie muß jetzt schon bewerkstelliget werden, und zwar nöthigen.

ob factum nullo jure justificabile ein unbedingtes Mandat erkannt wurde.

II. Der Impetrat bringt dilatorische Einreden vor.

Sind diese unzuläßig, so werden sie verworfen; außerdem wird entweder das Mandat sogleich aufgehoben und der Inpetrant in die Kosten verurtheilt[5]), oder dieser wird noch darüber vernommen und je nach Beschaffenheit der Sache bald ein Beweis aufgelegt[6]), bald die Nachholung des noch Fehlenden anbefohlen[7]). — Die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart, welche auch zu den dilatorischen gehört, hat ebenfalls die Einziehung des Mandats zur Folge, wenn sie erheblich befunden wird[8]). Allein es steht sodann dem Kläger frey, seinen Anspruch in einer andern, geeigneten Proceßart neuerdings anzubringen.[9])

---

falls durch eine Beweisauflage. — Hieher gehört die Vorschrift des J. R. A. §. 77. und §. 80.

5 J. R. A. §. 76.

6) Z. B. wenn der Impetrat die except. fori praevent. entgegengesetzt, und der Kläger dieselbe widersprochen hat. — Wem der Beweis aufzulegen sey, hat der Richter nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu entscheiden. J. R. A. §. 80.

7) Z. B. bey der exc. defic. legit. ad proc.

8) Z. B. wenn die producirte Schuldverschreibung kein docum publ. war, und der Richter dennoch ein mand. s. cl. de solvendo erkannte.

III Die vorgeschützten Einreden sind peremtorische.

Auch hier kommt es wieder darauf an, aus welchem Grunde das Mandat erlassen worden ist.

Wenn gegen Zahlungsbefehle aus öffentlichen Schuldverschreibungen liquide oder doch schnell zu erweisende [10]) peremtorische Einreden vorgebracht werden, so ist der Impetrant darüber zu vernehmen, und in so fern er sie nicht zu entkräften vermag, das Mandat aufzuheben. — Illiquide Einreden dieser Art werden aber nach der Analogie des Executivprocesses zur besonderen Ausführung verwiesen, und das mandatum de solvendo wird bestätiget.

Bey mandatis ob periculum in mora gilt das Nämliche, in so fern sich die peremtorische Einrede auf das provisorisch zu sichernde Recht des Impetranten selbst bezieht [11]).

---

9) Z. B. in dem not. 8 angeführten Falle, im Executivprocesse.

10) Zum Beweise solcher Einreden werden auch Privaturkunden zugelassen. — Mittermaier a. a. O. S. 144.

11) Z. B. die Einrede, daß die Schuldforderung durch Zahlung, Nachlaß, Compensation u. dgl. schon getilgt sey. — Denn solche Einreden gehören wieder ad caus. princip. D. A. v. 1600 §. 61.

Sollte jedoch bey einem mand. ob fact. nullo jure justif. eine wahre peremtorische Einrede vorkommen [12]) welche nicht in das petitorium gehörte, so müßte, ohne Rücksicht auf die Liquidität derselben, der Impetrant darüber gehört, sodann der erforderliche Beweis aufgelegt, und nach dem Resultate der Beweisführung das Mandat entweder bestätiget oder aufgehoben werden [13])

§. 15.

Fortsetzung.

So oft nach der bisherigen Darstellung (§. 14.) die Einreden des Impetraten unbeachtet bleiben, oder verworfen werden müssen, und das Anfangs erlassene Mandat bestätiget wird, geschieht dieses „per sententiam", d. h. der zuerst in der Eigenschaft eines einfachen Decrets ergangene Befehl nimmt jetzt die Natur eines Urtheils an [1])

---

[12]) Dieser Fall wird sich selten ereignen. Möglich ist er aber doch, z. B. wenn sich beyde Theile über die Folgen der widerrechtlichen Handlung bereits verglichen hätten.

[13]) Denn auch hier folgt keine Hauptsache mehr nach; — es muß daher die Sache jetzt schon vollständig erörtert werden. J. R. A. §. 77. und 80.

[1]) J. R. A. §. 76. „der Beklagte soll ad parendum per sententiam angehalten werden." Dieses Urtheil wurde bey den höchsten Reichsgerichten paritoria plena genannt, und unterschied sich von einer paritoria simplex dadurch, daß dem Beklagten darin anbefohlen wurde „Ein=

wogegen auch Rechtsmittel zuläßig sind [2]). In diesem Urtheile werden jedoch solche Einreden, die nur wegen Illiquidät, oder weil sie zur Hauptsache gehören, — unberücksichtiget bleiben mußten, entweder zur besonderen Ausführung, oder in die Hauptsache verwiesen. — Gegen zuläßige Einreden soll nur noch ein Vortrag des Impetranten (die Replic) zugelassen, hiemit aber in der Regel das Verfahren geschlossen werden [3]). Allein von dieser Regel ist nicht nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn in der Replic. neue thatsächliche Behauptungen vorkommen, in welchem Falle der Impetrat noch gehört werden muß, sondern der Richter kann auch, abgesehen von diesem Falle, noch fernere Vorträge gestatten, wenn es ihm zweckmäßig

---

wendens ungehindert" dem Mandate Folge zu leisten, während in der paritoria simpl. von der Verwerfung der Einreden keine Meldung geschah. Roding Pand. cam. lib. III. Tit. 41. §. 23. sq. — Danz Reichsgchtsproc. §. 294.

[2]) Daß die ordentlichen Rechtsmittel hier keinen Suspensiveffect haben, läßt sich wohl nur dann behaupten, wenn periculum in mora vorhanden ist. — Der J. R. A. §. 107., auf welchen sich Klaproth beruft, um diese Behauptung im Allgemeinen zu rechtfertigen, spricht nur von Wechsel und Mercantilsachen.

[3]) Diese Bestimmung unterstützt den oben (§. 12 not. 3.) angegebenen Gesichtspunct, daß die Einwendungen des Impetraten eigentlich nicht als Einreden gegen die Klage, sondern als Anfechtungen des Mandats zu betrachten sind. — J. R. A. §. 77. a. E.

zu seyn scheint [4]). — Ist auf Beweis erkannt worden, so soll das Beweisverfahren durch abgekürzte Fristen und durch Hinweglassung alles Ueberflüssigen möglichst beschleuniget werden [5]).

§. 16.

Von dem bedingten Mandatsprocesse.

I. Fälle, in welchen er Statt findet.

Bedingte Mandate können ungleich leichter erwirkt werden, als unbedingte, weil sie nicht einmal dem Scheine nach einen Verstoß gegen den Grundsatz enthalten, daß beyde Theile gehört werden sollen. Wäre nicht die Form dieser Mandate abweichend von der Form der Dekrete, welche im ordentlichen Processe auf die Klage erlassen werden, so würde man sie ohne Anstand in allen Fällen gebrauchen können [1]); m. a. W. der Beklagte würde nicht dabey gefährdet seyn, wenn regelmäßig auf jede Klage ein bedingtes Mandat erlassen würde, weil er ja nur die ihm dargebotene Gelegenheit zu seiner Vertheidigung zu benützen brauchte, um die Wirkung des Mandats zu suspendiren. Da jedoch in der Regel der Beklagte nur zu seiner Vertheidigung aufgefordert, und der bedingte Man=

---

4) J. R. A. a. a. O. doch „salvo judicis arbitrio."

5) Dep. Absch. v. 1600. §. 61. — J. R. A. §. 77. — Conc. der C. G. O. Thl. III. Tit. 42. §. 5.

1) v. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 232.

datsproceß als Ausnahme betrachtet wird, so ist man genöthiget, sich auf die Frage einzulassen, unter welchen Voraussetzungen diese Ausnahme Statt finde? — Die deutschen Reichsgesetze, so oft sie auch von mandatis cum clausula sprechen [2]), — enthalten keine genauere Bestimmung hierüber [3]). Man muß also gleichwohl die Natur der Sache zu Hülfe nehmen. Dieser zufolge wird man aber kaum zu einem andern Resultate gelangen können, als daß ein mand. c. cl. nur dann erkannt werden soll, wenn zwar der Fall nicht zu einem unbedingten Mandate geeignet, aber doch der Rechtsgrund der Klage ausser Zweifel, — und der historische Grund derselben wenigstens sehr wahrscheinlich gemacht ist [4]). Denn nur darin

---

[2]) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 23. — R. A. v. 1594. §. 80. — Conc. d. C. G. O. Thl. II. Tit. 25. u. Thl. III. Tit. 42. — J. R. A. §. 81.

[3]) Die älteren Cameralschriftsteller hielten sich an die Praxis des Cammergerichts, und sammelten die Fälle, in welchen man der Erfahrung zu Folge darauf zählen konnte, daß ein clausulirtes Mandat nicht werde abgeschlagen werden. S. Blumen proc. cam. Tit. XXXIV. Nro. 39 — 54. — Roding Pand. cam. lib. I. Tit. 12. §. 9. sq. — — Vergl. Ludolf De jure cameral. Sect. I. §. 10. Nro. 29. sq. Die neueren Schriftsteller über den Reichsgerichtsproceß haben sich schon mehr dem allgemeinen Grundsatze genähert, welcher im §. aufgestellt ist. S. Pütter nova epit. §. 168. — Danz Reichsgerichtsproc. §. 298.

[4]) Die Meinungen über diesen Punkt sind jedoch verschieden. — Einige lassen auch die rechtliche Begünstigung,

läßt sich ein natürlicher Rechtfertigungsgrund für die Unterscheidung der gewöhnlichen Ladung von einem bedingten Mandate finden, daß doch die alternative Aufforderung, den Kläger zu befriedigen, oder sich zu vertheidigen, eine stärkere Vermuthung für die Richtigkeit der Ansprüche des Klägers voraussetzt, als die bloße Aufforderung, sich zu vertheidigen.

§. 17.

II. Vertheidigung des Beklagten.

Die Vertheidigung ist im bedingten Mandatsprocesse eben so unbeschränkt, wie im ordentlichen Processe. Denn alle Stellen in den t. Reichsgesetzen, welche eine Beschränkung in dieser Hinsicht anordnen, sprechen ausdrücklich nur von mandatis sine clausula [1]); in Beziehung auf mand. cum. claus. ist nicht nur nichts Aehnliches bestimmt, sondern aus der ganzen Behandlung des bedingten Mandats-

---

welche der Anspruch des Klägers genießt, als Rechtfertigungsgrund des bedingten Mandatsprocesses gelten. Martin Lehrb. §. 248. — Gensler Comm. II. S. 63. b.) — Süptitz Lehrb. §. 52. b. — Linde Lehrb. §. 359. — Andere glauben, auch die bloße Unwahrscheinlichkeit, daß dem Beklagten Einreden zu Gebote stehen dürften, reiche schon zur Begründung dieser Proceßart hin. — v. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 232. a. E. — Noch weiter gehen Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 142. — Heffter Instit S. 441. — Vergl. noch Mittermaier der g. d. Pr. IV. S. 146 flg.

processes ergiebt sich vielmehr, daß hier alle gewöhnlichen Vertheidigungsmittel als zuläßig erkannt wurden [2]). Der Beklagte kann daher alle dilatorischen und peremtorischen Einreden vorschützen, deren er sich im ordentlichen Processe hätte bedienen können, — und zwar die letztern ohne Unterschied, ob sie sogleich liquid sind oder nicht. Ja selbst die bloße Verneinung der dem Mandatsgesuche zu Grunde gelegten Thatsachen kann nicht schlechthin, sondern nur in so fern für unwirksam erklärt werden, als der Kläger jene Thatsachen schon vollständig erwiesen haben sollte [3]). —

[1]) J. B. R. A. v. 1594. §. 77. — D. A. v. 1600 §. 61.

[2]) R. A. v. 1594. §. 80. und besonders J. R. A. §. 81. u. 82., wo ein Verfahren bis zur Duplic, ja nach Umständen, selbst bis zur Triplic gestattet, und ordentlicher Beweis, sogar Zeugenbeweis, zugelassen wird, wie in den Sachen „simplicis querelae“.

[3]) Wenn z. B. der Kläger eine fehlerfreie und relevante Privaturkunde vorgelegt, und der Beklagte dieselbe recognoscirt hätte, so würde dem Letztern freylich der bloße Widerspruch des Inhalts nichts nützen. — Das Nämliche wäre aber auch im ordentlichen Processe der Fall. — Daß aber auch die Verneinung einer bloß bescheinigten Klage ohne Wirkung, und nicht der Kläger, sondern der Beklagte zum Beweise verpflichtet sein soll, wie Einige angenommen haben, (Ludolf de jure cam. Sect. I. §. 10. Nro. 26. — Danz Reichsgerchtsproc. §. 301.) ist gesetzlich nicht verordnet, und steht mit den gewöhnlichen Proceßgrundsätzen in offenbarem Widerspruche.

Dabey versteht sich jedoch von selbst, daß bey Streitigkeiten, welche nur den Besitz betreffen, petitorische Einwendungen zur besonderen Ausführung zu verweisen sind, wovon aber der Grund keineswegs in der eigenthümlichen Natur des bedingten Mandatsprocesses zu suchen ist [4]). Auch wollen Einige [5]) in solchen Fällen, welche zum Executivprocesse geeignet wären, die illiquiden Einreden ad separatum verwiesen wissen, was sich aber, — wenigstens in solchen Ländern, wo neben dem bedingten Mandatsprocesse auch der Executivproceß hergebracht ist, — nicht rechtfertigen läßt [6]).

§. 18.

III. Verfahren im bedingten Mandatsprocesse.

Der Vortrag der Klage im bedingten Mandatsprocesse hat nichts Eigenthümliches, ausgenommen, daß der Implorant sogleich die nöthige Bescheinigung beybringen, und das Gesuch ausdrücklich auf die Erkennung eines beding-

---

4) Denn auch dann, wenn das poss. im unbestimmt summarischen Processe verhandelt wird, sind die Rechtsgründe in das petit. zu verweisen.

5) Claproth Einleitung in die summ. Proc. §. 152. a. E. — Gensler Comm. II. 64.

6) Denn, wenn es dem Kläger frei stand, den Executivproceß, oder den bedingten Mandatsproceß zu wählen, und er trug selbst auf den letzteren an, so hat er hierdurch eben sowohl auf die Vortheile des Executivprocesses Verzicht geleistet, als wenn er den ordentlichen Proceß ergriffen hätte.

ten Mandats richten muß. — Erscheint der Antrag zuläßig, so wird nun das mandatum c. cl. wirklich erlassen, also dem Beklagten befohlen, den Kläger zu befriedigen, auf den Fall aber, daß er diesem Befehle zu gehorchen sich nicht schuldig erachten sollte, zugleich eine Frist [1]) zur Anbringung seiner Einreden [2]) festgesetzt. Das weitere Verfahren hängt von dem Benehmen des Beklagten ab. A. Gehorcht dieser, so hat der Mandatsproceß ein Ende. B. Läßt er das Mandat unbefolgt, und erscheint auch nicht, um sich zu vertheidigen, so wird auf Verlangen des Klägers der Befehl erneuert, nnd zwar jetzt mit Hinweglassung der justificatorischen Clausel und unter Androhung der Execution [3]), welche bei fortgesetztem Ungehorsame wirklich ver-

---

[1]) Diese Frist soll immer in peremtorischer Eigenschaft gegeben werden, wie dieses bei den Reichsgerichten laut der dort üblichen Mandatsformel — (Danz Grds. der summ. Proc. §. 86. not. c.) — wirklich geschah.

[2]) Diese Einwendungen wurden im Reichsgerichtsprocesse ehedem causales genannt. R. A. v. 1594. §. 80. — Vor dem J. R. A. wurden sie in Artikelform vorgetragen. Dieses Reichsgesetz verordnete aber, der Beklagte soll anstatt der Causalartikel „eine kurze, nervose und summarische Ausführung seines Rechtens" überreichen. J. R. A. §. 81. — Die Sitte, vermöge welcher der Kläger vor Einbringung der causales noch ein Libell übergeben mußte, ward schon durch den R. A. v. 1594 §. 80. abgeschafft.

[3]) Gewöhnlich sagt man bloß, durch den Ungehorsam des Beklagten werde das m. c. cl. in ein m. s. cl. verwan-

hängt, und im Falle einer geschehenen Strafandrohung [4]) auch auf die Strafe ausgedehnt wird. — C. Bringt endlich der Beklagte Einwendungen vor [5]), so kommt Alles auf die Beschaffenheit derselben an. Sind sie erheblich und jetzt schon vollkommen liquid, so kann das Mandat ohne Weiters aufgehoben und der Kläger abgewiesen wer-

---

delt. Z. B. schon Ludolf De jure cam. Sect. I. §. 10. nro. 25 in fin., Pütter epit. §. 170 und alle Neueren. Allein wenn Dieses vollkommen richtig wäre, so müßten auch jetzt noch, d. h. nach dem Ablaufe der ad excip. ertheilten peremtorischen Frist, wenigstens alle diejenigen Einwendungen zugelassen werden, welche im unbedingten Mandatsprocesse zuläßig sind. Dieses scheint aber doch hinsichtlich solcher Defensionen nicht gebilliget werden zu können, welche das Wesen des Processes nicht betreffen. — S. oben S. 45. a. E. u. S. 48. Deshalb dürfte es zweckmäßiger seyn, mit dem Mandate sogleich die Androhung der Execution zu verbinden, wodurch von selbst alle Einreden ausgeschlossen sind, die nicht schon ihrer Natur nach überhaupt auch noch während des Executionsverfahrens gehört werden müssen. — Bei den Reichsgerichten war man freylich auch hier mit einfachen Paritorien nicht sparsam. S. oben §. 11. not. 1.

4) Daß bey den Reichsgerichten Strafandrohungen bey m. c. cl. eben so üblich waren, wie bey m. s. cl. zeigt die Formel.

5) Zu diesen gehört hier auch das Abläugnen des historischen Klagegrundes.

den [6]). — Sind sie zwar erheblich, aber noch nicht erwiesen, so wird über dieselben eben so verhandelt, wie im ordentlichen Processe [7]), also replicirt und duplicirt [8]); — wo es nöthig ist, das Beweisverfahren eingeleitet [9]), und nach den Resultaten des geführten Beweises das Endurtheil gefällt [10]). Erscheinen endlich die Einwendungen des Beklag-

---

6) Nach Beschaffenheit der vorgebrachten Einrede kann diese Abweisung bald eine definitive seyn, bald nicht. Daß aber auch eine Verweisung des Klägers zum ordentlichen Processe vorkommen könne, — dann nämlich, wenn der Beklagte bloß die Zulässigkeit des Mandatsprocesses bestreitet, — bezweifle ich aus dem Grunde, weil ja der Beklagte jetzt schon Gelegenheit hat, durch das Vorbringen aller seiner Einreden den Mandatsproceß in den ordentlichen zu verwandeln, folglich die Verweisung zu einer neuen Klagestellung doch wohl nur eine zwecklose Verzögerung veranlassen würde. — A. M. Mittermaier Beytr. IV. S. 147.

7) Vorausgesetzt nämlich, daß nicht der Streitgegenstand an sich schon zum unbestimt summarischen Processe geeignet ist. — Martin Lehrb. §. 249.; v. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 235.

8) J. R. A. §. 81.

9) J. R. A. §. 82.

10) Durch das Vorbringen erheblicher Einreden, und selbst durch das Abläugnen des historischen Klagegrundes wird demnach der bedingte Mandatsproceß in der Regel in den ordentlichen verwandelt, oder, wie die Cameralschrift-

ten als offenbar unerheblich, so wird ebenso erkannt, wie im Falle des Ungehorsams [11]). (Ob lit. B.)

Der Vorzug des bedingten Mandatsprocesses vor dem ordentlichen zeigt sich dieser Darstellung zufolge nur darin, daß sich a) der Beklagte doch eher durch ein mandatum c. cl. als durch eine bloße Ladung zur alsbaldigen Befriedigung des Klägers bewogen finden kann; und b) daß

---

steller sich ausdrücken; mandatum resolvitur in vim citationis. Bey den älteren Juristen war dieser Satz ziemlich allgemein anerkannt, wenigstens in Beziehung auf den Beklagten. Gaill. obs. I. 19. Nro. 5. et 6. Blumen proc. cam. Tit. XXXIV. §. 63. sq.; Roding. Pand. jur. cam. lib. I. Tit. 12. §. 119. Allein Ludolf, welcher seine Vorgänger gern criticirte, suchte zu zeigen, daß der bedingte Mandatsproceß auch dann noch eine eigenthümliche summarische Natur beibehalte, wenn auch wirklich der Beklagte Einreden vorbringe (De jur. cam. Sect. I. §. 10. Nro. 25. et 26.), und seiner Ansicht folgen mehrere Neuere z. B. Danz Reichsgchtspr. §. 301. a. E. Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 152. Die Bestimmung des J. R. A. §. 81. 82. spricht aber doch gewiß mehr für die entgegengesetzte Meinung. — v. Grolman Th. d. g. V. §. 235. Not. 2. — Martin Lehrb. §. 249. Not. g.

11) Auch in Ansehung der Strafe dürfte hier keine Abweichung zu machen seyn, wenigstens dann nicht, wenn man die reichsgerichtliche Formel beybehält. Denn in dieser ist nur von „erheblichen und beständigen Ursachen" die Rede. A. M. Danz, Reichsgchtspr. §. 301. not. f.

im Falle des Ungehorsams der Kläger nicht, wie im ordentlichen Processe, erst den Grund seiner Klage beweisen muß, sondern sogleich auf die Androhung der Execution dringen kann.

§. 19.

B. Arrestproceß.

I. Ueber den Arrest im Allgemeinen.

1. Begriff und Arten.

Unter Arrest im weiteren Sinne versteht man nicht nur das Festhalten einer Person an einem bestimmten Orte, sondern auch die Verfügung, durch welche eine Sache der Disposition ihres Besitzers wegen einer Forderung [1], die man an denselben zu machen hatt, entzogen wird. Darnach unterscheidet man Personal- und Realarrest [2]). — Ob die beschränkende Verfügung durch das Gericht, oder durch den Gläubiger selbst getroffen wird, ist in Ansehung des Begriffes [*]) gleichgültig.

---

[1]) Dadurch, so wie durch das Merkmal, daß sich der Gläubiger die Sache seines Schuldners nicht zuzueignen gedenkt, unterscheidet sich der Arrest von dem spolium und furtum.

[2]) Für den Realarrest kommt in den deutschen Rechtsbüchern der Ausdruck Bekümmerung vor. Hefft er Inst. S. 426. nro. 3. Auch das Wort „Beschlag" wird dafür gebraucht.

[*]) Nur bey der Frage nach der Zuläßigkeit und Rechtmä=

§. 20.

2. Zweck des Arrestes.

Der Zweck des Arrestes kann ein doppelter seyn. Entweder soll nämlich der Schuldner dadurch genöthiget werden, eine Schuld zu bezahlen, wegen welcher er bereits rechtskräftig verurtheilt ist [1]); oder der Arrest soll dem Gläubiger nur als Sicherungsmittel in dem Falle dienen, wenn zwar der Schuldner noch nicht condemnirt ist, aber mit Grund zu besorgen steht, daß ohne diese provisorische Maaßregel dem Gläubiger die gerichtliche Verfolgung seines Anspruches erschwert, oder die Aussicht auf die wirkliche Erfüllung des künftigen Urtheils vereitelt werden dürfte. — In dieser letzten Eigenschaft, als bloßes Sicherungsmittel, ist der Arrest viel häufiger, und bey der Darstellung des Arrestprocesses kommt er auch nur in dieser Eigenschaft in Betracht.

§. 21.

II. Von dem Arreste als Sicherungsmittel insbesondere.

1. Gegenstand des Realarrestes.

Gegenstand des Realarrestes kann Alles seyn, was dem Gläubiger Sicherheit zu verschaffen im Stande ist, also

---

ßigkeit des Arrestes, kommt es auf diesen Unterschied an.

[1]) Zu diesem Zwecke, d. h. als Executionsmittel wird der Personalarrest namentlich im Wechselprocesse angewandt.

nicht bloß Sachen, bewegliche oder unbewegliche [1]), sondern auch Forderungen; ja sogar Dinge, welche an sich gar keinen, oder nur einen ganz unbedeutenden Werth haben, wenn sie nur für den Schuldner von solchem Interesse sind, daß man erwarten kann, er werde sich durch die Vorenthaltung derselben zu Dem bestimmen lassen, was man von ihm zu erlangen wünscht. — Nur ganz fremde d. h. solche Sachen, bei denen es gewiß ist, daß dem Schuldner kein Recht darauf zusteht, können nicht mit Beschlag belegt werden [2]).

— Schon daraus folgt, daß es nicht ganz richtig ist, wenn einige den Arrest bloß als vorläufiges Sicherungsmittel für den Gläubiger darstellen.

[1]) Der Realarrest im engern Sinne beschränkt sich freylich nur auf die Wegnahme beweglicher Güter des Schuldners, (v. Grolmann Theor. des ger. Verf. §. 239.) und der deutsche Begriff der Verkümmerung erstreckt sich auch nicht weiter. Allein die Sequestration unbeweglicher Güter ist doch auch eine Beschränkung der Dispositionsfreyheit, und kann zu demselben Zwecke dienen, wie die Beschlagnahme beweglicher Sachen. Sie wird also mit Recht auch hieher gezählt. — Martin Lehrb. §. 242. a. E.

[2]) Wenn über das Eigenthum einer Sache, welche der Schuldner besitzt, zwischen ihm und einem Dritten ein Proceß anhängig ist, so hindert dieß die Verhängung des Arrests über diese Sache nicht. Nur versteht sich dabey von selbst, daß die Rechte des Dritten nicht beeinträchtiget werden dürfen, weßhalb auch der Arrest ohne Weiteres aufgehoben werden muß, sobald die Sache

§. 22.

2. Von der Wahl des Arrestobjektes.

Da selbst bei der Execution eines rechtskräftigen Urtheils, — so weit es ohne Nachtheil für den Sieger geschehen kann, — schonende Rücksicht auf den Verurtheilten genommen werden muß, so darf dieses um so weniger bey der Verhängung eines Arrests außer Acht gelassen werden, wo gewöhnlich der Anspruch des Gläubigers noch nicht vollkommen liquid ist, und wo es nur auf vorläufige Sicherstellung desselben ankommt. Aus diesem Grunde soll der Personalarrest nur in Ermanglung hinreichender Objekte für einen Realarrest verhängt, und auch der Realarrest immer zunächst an dem Vermögen des Schuldners angelegt werden, welches derselbe leichter entbehren kann [1]). —

---

dem Dritten rechtskräftig zuerkannt wird. — Auch solche Gegenstände, über deren Eigenthum zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger selbst gestritten wird, können mit Arrest belegt werden, wenn sie sich im Besitze des Schuldners befinden. — Voët. Comment. ad Pand lib. II. Tit. IV. § 57. — Martin Lehrb. §. 241. not. e. — Steht dem Schuldner das Miteigenthum, oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache zu, so ist die Verfügung eines Arrestes ebenfalls in so fern zuläßig, als sie ohne Kränkung der Rechte des Miteigenthümers oder des Proprietärs geschehen kann. Voët l. c. § 54. bis 56.

[1]) Danz Grundſ. der summ. Pr. §. 99. — Hefter Institut. S. 429. Nro. 6.

Ein Mißgriff in der Wahl des Arrestobjects kann von dem Schuldner gerügt, und dadurch Veranlassung zu einer Abänderung gegeben werden [2]).

§. 23.

3. Von der Vollziehung des Arrestes.

Die Art der Vollziehung dieses Arrestes hängt von der Beschaffenheit des Objects ab [1]). — Bewegliche Sachen werden entweder obrigkeitlich versiegelt, oder, wo es thunlich ist, in gerichtliche Verwahrung gebracht. Bey Immobilien wird die Sequestration verfügt. Bey Activforderungen endlich besteht die Arrestverfügung darin, daß dem Schuldner des Schuldners bei Vermeidung der Selbsthaftung befohlen wird, an den Letzteren keine Zahlung zu leisten. — Der Personalarrest wird entweder dadurch vollzogen, daß man den Schuldner in seiner Wohnung bewachen, oder in einen öffentlichen Detentionsort bringen läßt. — Wenn nicht dringende Gefahr eine thätliche Einschreitung erheischt, so kann auch der Arrest bloß durch geeignete Befehle an den Schuldner verhängt werden [2]).

---

[2]) Eben so wie bei einer unrichtigen Wahl der Zwangsmittel im Executionsverfahren der Verurtheilte die s. g. exc. coa. ordinem et modum execut. vorbringen kann.

[1]) S. darüber Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 127.

[2]) Z. B. durch den Befehl, eine Sache bei Vermeidung der Nichtigkeit nicht zu veräußern, seinen Aufenthaltsort

§. 24.

4. Von der Zuläßigkeit des Arrestes[1])

a) Voraussetzungen, unter welchen ein Arrest Statt findet.

Da der Arrest nur ein Sicherungsmittel ist, so wird 1) auf Seite Desjenigen, welcher ihn bewirken will, immer eine Forderung, ein Anspruch vorausgesetzt, und zwar gegen Den, an dessen Person oder Vermögen der Arrest vollzogen werden soll. — Ob die Forderung bereits exigibel ist oder nicht, darauf kommt gewiß nichts an[2]).

---

nicht zu verlassen u. dgl. In solchen Fällen entsteht aber eigentlich ein unbedingter Mandats- und kein Arrestproceß.

1) Man verwechsle nicht Arrest und Arrestproceß, d. h. diejenige bestimmt summarische Proceßart, von welcher hier allein die Rede ist. Bei Weitem nicht immer darf diese Proceßart angewendet werden, so oft auf Arrest angetragen und der Antrag auch als begründet befunden wird. — Auch in der Form eines Mandatsprocesses, ja selbst eines unbestimmt summarischen Verfahrens kann eine Arrestsache behandelt werden. Alles kommt hier auf den Grad der vorhandenen Gefahr an. — Von den Bedingungen des eigentlichen Arrestprocesses wird weiter unten die Rede seyn.

2) Arg. fr. 41. D. de jud. (5. 1.) A. M. scheint freylich zu seyn: **Mevius** de arrest. c. X. Nr. 20. sq. Allein, da jeder Arrest aufgehoben werden muß, wenn dem Gläubiger hinreichende Caution geleistet wird, so ist es gar nichts Besonderes, wenn Mevius sagt, bey

Aber auch bei bedingten Ansprüchen dürfte sowohl nach der Analogie des Röm. Rechts, als auch nach der Natur der Sache die Zuläßigkeit einer Arrestverfügung nicht zu bezweifeln seyn [3]. — Das Daseyn einer Forderung allein kann aber begreiflicher Weise zur Rechtfertigung des Arrestes, — welcher gewissermaßen eine Execution vor dem Urtheile ist — nicht hinreichen, sondern dazu wird auch noch 2) erfordert, daß ohne eine solche Maaßregel der Gläubiger in Gefahr stünde, entweder seinen Anspruch gar nicht mehr, oder doch nur mit großen Schwierigkeiten verfolgen, — oder, — wenn er es auch

---

noch nicht zahlbaren Forderungen könne nur Arrest gesucht werden „ut idonee caveatur, non ut satisfactio fiat." — Der Autorität dieses Schriftstellers folgt Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 115. Danz beruft sich ebenfalls auf ihn, (Grds. der summ. Proc. §. 100.) sagt aber etwas ganz Anderes. — Von den neuesten Proceßlehrern hält den Arrest wegen noch nicht zahlbarer Forderungen für unzuläßig: Linde, Lehrb. §. 348. not. 7. — Gar nicht hieher gehört fr. 14. D. De pignor. (20. 1.) S. darüber Glück Comm. Bd. XVIII. S. 326.

[3]) Arg. fr. 6. D. 42. 4. (Quibus ex caus. in poss.) A. M. ist Heffter Inst. S. 428. nro. 3. not. 4. wegen fr. 14. §. 2. D. eod. — Allein durch die Verbindung des fr. 6 pr. mit fr. 9. eod. scheint die Schwierigkeit keineswegs gehoben werden zu können, welche seiner Ansicht nach entgegensteht. Eher ist wohl fr. 14. von einer missio cum effectu venditionis zu verstehen.

ungehindert zu einem rechtskräftigen Urtheile bringen könnte, sich wenigstens von der Execution des Urtheils keinen sicheren Erfolg mehr versprechen zu können (causa arresti.)[4]).

---

[4]) Eine erschöpfende Aufzählung aller einzelnen Fälle, in welchen eine solche Gefahr existirt, ist nicht möglich, und es muß daher in dieser Hinsicht das Meiste der Beurtheilung des Richters überlassen werden. Als die gewöhnlichsten Fälle dieser Art können jedoch folgende ausgezeichnet werden: a) Wenn der Schuldner fluchtverdächtig ist, oder gar schon die Flucht ergriffen hat, und von dem Gläubiger eingeholt wird. — Denn da in diesem Falle schon das Röm. Recht (fr. 10. §. 16. D. 42. 8. (Quae in fraudem etc.) ohne Mißbilligung sogar von eigenmächtiger Wegnahme des Geldes durch den Gläubiger spricht, so trug man um so weniger Bedenken, eine Arrestverfügung unter richterlicher Authorität zuzulassen. S. schon die Glosse zu fr. 10. cit. Heffter Inst. S. 432. not. 12 b. b) Wenn man von einem Ausländer etwas zu fordern hat, — bey dem ausländischen Gerichte die Justiz verweigert wurde, und sich der Schuldner nachher im Inlande betreten läßt. — Martin Lehrb. §. 240. nro. 3. Nach einigen deutschen Partikulargesetzen wird nicht einmal eine vorausgehende Justitzverweigerung von Seite des ausländischen Gerichts erfordert, sondern die Eigenschaft des Schuldners als Ausländer reicht allein schon hin, um einen Arrest bey inländischen Gerichten wider ihn zu rechtfertigen, z. B. Cod. jud. bav. c. 1. §. 8. u. c. 8. §. 6. Vergl. Thom. Aug. Hoffmann der bayer. Arrestpr. Augsb. 1824. §. 7. lit. 13. — Einige neuere Rechtslehrer ver-

Selbst unter diesen Voraussetzungen darf aber der Gläubiger den Arrest nicht eigenmächtig vollzie-

theidigen diesen Satz auch nach gemeinem Rechte, weil die Proceßführung im Auslande an sich schon mit größeren Schwierigkeiten verbunden ist, und die Nachweisung verweigerter Rechtshülfe im Auslande auch nicht leicht geliefert werden kann. Mittermaier d. g. t. Pr. Beytr. IV. S. 155. — Die Frage, ob der Unterhan eines deutschen Bundesstaates in einem andern als Ausländer zu betrachten sey, wird richtiger bejaht, wenn nicht specielle Staatsverträge etwas Anderes mit sich bringen. A. M. ist wegen der k. preuß. Verordn. vom 2. May. 1823 für die Rheinprovinzen Heffter a. a. O. S. 431. not. 11. Dagegen aber Mittermaier a. a. O. S. 156. — c.) Wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und deßhalb Vereitlung der künftigen Execution zu besorgen ist, in welchem Falle schon die Glosse eine Sequestration für zuläßig hielt. S. Glosse zu c. un. C. 4. 4. (De prohib. sequestr.) — d) Ob auch dann ein Arrest verhängt werden dürfe, wenn Ansprüche an einen Verstorbenen gegen dessen Erben verfolgt werden, und zu besorgen ist, daß diese die Erbschaft theilen und dann unter verschiedenen Gerichten oder nur auf eines jeden Erbantheil belangt werden müßten, ist bestritten. — Martin Lehrb. §. 240. nro. 4. Dagegen Mittermaier a. a. O. S. 154. und Linde. Lehrb. §. 348. not. 12. — Daß durch die Theilung der Erbschaft und durch eine damit verbundene Veräusserung der Erbschafts-Sachen an Dritte dem Gläubiger die Verfolgung seines Anspruches zuweilen erschwert werden kann, — namentlich dann, wenn der größte Theil der Erbschaft an demselben Orte sich befindet,

hen, sondern er muß deshalb die gerichtliche Hülfe anrufen [5]).

§. 25.

b) Wer kann um Anlegung eines Arrestes bitten?

Die Befugniß, auf die gerichtliche Verfügung eines Real- oder Personalarrestes anzutragen, steht Jedem zu, der eine Forderung an Denjenigen hat, wider welchen er

---

wo er sich aufhält, die Erben aber in verschiedenen Gerichten wohnen, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Vergl. fr. 66. §. 4. D 36. 1. (Ad Sc. Trebell.) Ob aber in concreto die Erschwerung erheblich genug sey, um deshalb einen Arrest zu verfügen, dürfte wohl dem richterlichen Ermessen zu überlassen seyn. Die Möglichkeit, das forum contin. ex ident. caus. zu begründen, ist dabey nicht zu übersehen. — Sollten die Erben nicht angesessen, oder ihre Zahlungsfähigkeit überhaupt zweifelhaft seyn, so wäre eine Arrestverfügung nach dem Satze: „non datur hereditas, nisi deducto aere alieno" um so leichter zu rechtfertigen.

5) In früherer Zeit waren freilich eigenmächtige Pfändungen in Deutschland etwas sehr Gewöhnliches. Allein die Reichsgesetzgebung suchte diese Art von Selbsthülfe immer mehr zu beschränken, (Heffter Instit. S. 426. nro. 3.) und jetzt werden Arrestverfügungen ohne obrigkeitliche Authorität wohl überall für rechtswidrig gehalten, ausgenommen etwa im äussersten Falle, wenn keine richterliche Hülfe zu erlangen ist. Süptitz Lehrb. §. 21. nro. 3. -- Vergl. fr. 10. §. 16. D. 42. 4. (Quae in fraud. cred.)

den Arrest verhängt wissen will [1]). Daß er das Gesuch auch durch einen Bevollmächtigten stellen lassen könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Nur wird gewöhnlich behauptet, der Procurator müsse hiezu ein Specialmandat haben [2]), weil ein Fehlgriff für den Mandanten leicht nachtheilige Folgen haben könnte. Da jedoch die Nothwendigkeit einer Specialvollmacht keineswegs schon durch die Möglichkeit solcher Folgen begründet wird [3]), und da dem

---

[1]) Vorausgesetzt nämlich, daß eine causa arresti vorhanden ist.

[2]) Danz Grundſ. der summ. Proc. §. 97. — Vergl. Leyser Med. sp. 475. med. 6.

[3]) Ein Versehen des Anwalts kann nicht nur bey einem Arrestgesuche, sondern fast bey jeder Handlung nachtheilige Folgen für den Mandanten haben. — Eine Specialvollmacht ist vielmehr nur zu solchen Schritten nothwendig, durch welche von dem Rechte des Mandanten etwas aufgeopfert, oder doch der Gefahr des Verlusts ausgesetzt wird, indem nicht zu vermuthen ist, daß der Mandant bey der Ausstellung einer bloßen Generalvollmacht auch solche Handlungen im Sinne gehabt habe. Durch die Bitte um Verhängung eines Arrestes wird aber nicht nur von den Ansprüchen des Mandanten nichts auf das Spiel gesetzt, sondern vielmehr der Gefahr eines Verlustes vorgebeugt; und von Demjenigen, der einen Andern zur gerichtlichen Verfolgung eines Anspruches überhaupt ermächtiget hat, ist vernünftiger Weise anzunehmen, daß er ihn hiemit auch zur Abwendung einer Lage ermächtigen wollte, in welcher jene Verfolgung unmöglich, oder doch viel schwieriger seyn würde. Wernher Obs. VI. obs. 332.

Mandanten, wenn er durch ein Versehen seines Procurators zu Schaden kommen sollte, eine Entschädigungsklage wider den Letzteren zusteht, so scheint es richtiger zu seyn, auch einen generellen Auftrag schon als hinreichend gelten zu lassen. Eben deswegen wird man auch einen Stellvertreter ex mandato praesumto zulassen müssen, wenn er nur Caution leistet. [4]).

§. 26.

c) Gegen wen kann ein Arrest nachgesucht werden?

Der Arrest kann gegen jeden Schuldner verhängt werden [1]), sobald die allgemeinen Bedingungen der Zulässigkeit dieser Verfügung vorhanden sind. Nur Gesandte [2]) genießen nach dem völkerrechtlichen Grundsatze der Exterritorialität in dem Staate, in welchem sie accredi-

---

4) Wernher l. c. obs. 284.

1) Aber nur gegen die Person des Schuldners allein, oder auf solche Sachen, woran ihm Rechte zustehen, nicht auch auf Dritte oder deren Vermögen, wenn auch zwischen ihnen und dem Schuldner ein näheres Verhältniß z. B. Verwandtschaft oder Landsmannschaft Statt fände.

2) Keineswegs aber auch bloße Agenten, Lieferanten, Commissäre u. dgl. einer auswärtigen Regierung. S. Martin Rechtsgutachten des Heidelberger Spruchcolleg. S. 282 flg. — Dagegen auf das Gefolge des Gesandten ist jene Befreiung allerdings auszudehnen. Voet. Comm. lib II. tit. IV. §. 43.

tirt sind, die Befreyung vom Personal- und Realarreste, [3]) so lange die Gesandtschaft dauert. Auch dürfen Personen, welche in öffentlichen Diensten stehen, — wenn sie durch Dienstverhältnisse genöthiget sind, sich von ihrem bisherigen Aufenthaltsorte zu entfernen, — zur Sicherstellung eines Privatanspruches nicht persönlich [4]) verhaftet werden, — gesetzt auch, daß durch ihre Entfernung für den Gläubiger eine Gefahr entstünde [5]).

---

[3]) Nur dann, wenn der Gesandte in dem Staatsgebiete, in welchem er sich in dieser Eigenschaft befindet, unbewegliche Güter besitzt, dürfte ein Realarrest auf diese Güter zu rechtfertigen seyn. — Vergl. Hofmann der bayer. Arrestproc. S. 75. nro. V.

[4]) Vom Realarreste sind sie nicht befreyt. — Nur genießen in den meisten deutschen Ländern die Staatsdiener das wohl auf einer höheren Rücksicht beruhende Privilegium, daß nur ein Theil ihrer Besoldung mit Beschlag belegt werden darf; z. B. Hofmann a. a. O. S. 59 nro. XX.

[5]) z. B. gegen den Soldaten, welcher in das Feld zieht, findet zur Sicherstellung seiner Gläubiger kein Personalarrest Statt. — Gewöhnlich wird dieses Privilegium nur Soldaten eingeräumt. — Danz Grds. der summ. Proc. §. 98. nro. 2. Allein unstreitig tritt auch bey Andern, die im öffentlichen Dienste stehen, und die durch den Dienst abberufen werden, derselbe Grund der Befreyung ein. — Wenn man behauptet, daß gegen Geistliche kein Personalarrest verhängt werden dürfe, ausgenommen, sie wären auf der Flucht begriffen, (Danz a. a. O. nro. 1.) so ist dieses zwar richtig, aber ein besonderes Vorrecht

§. 17.

d) bei welchem Gerichte muß der Arrest gesucht werden?

In der Regel muß das Arrestgesuch bey demselben Gerichte angebracht werden, welches für die Hauptklage — deren Objekt durch den Arrest gesichert werden soll, — competent wäre [1]). — Nur gegen den flüchtig gewordenen Schuldner, so wie gegen einen ausländischen Debitor, dessen ordentliches Gericht die Justiz verweigerte, kann der Gläubiger bey jedem Gerichte auf Arrestverfügung antragen, in dessen Bezirke sich der Schuldner betreten läßt [2]).

§. 28.

5) Wirkung des Arrestes.

a) Des rechtmäßig verhängten.

Durch die Verhängung des Realarrestes erhält zwar der Impetrant kein Pfand- oder Vorzugsrecht auf das

---

ist darin nicht zu finden, indem auch gegen Laien der Personalarrest nur im äußersten Falle Statt findet. — S. nach Voet. c. l. §. 42. 47. 48. Danz a. a. O. §. 98.

1) Ob dieses forum generale oder speciale ist, darauf kommt nichts an.

2) v. Grolman Th. des ger. Verf. §. 240.

Arrestobjekt [1]), weshalb er auch im Falle eines ausbrechenden Universalconcurses den Pfandgläubigern weichen muß, wenn nicht seine Forderung an sich schon durch eine Hypothek gesichert ist. Indessen kann er doch gegen jede Disposition des Impetraten über die mit Arrest belegten Sachen protestiren, in so fern dadurch seine Sicherheit leiden würde [2]). — Außerdem hat die rechtmäßige Verfügung des Arrestes zuweilen auch noch die Wirkung, daß dasselbe Gericht, welches den Arrest anlegt, auch für die Hauptsache competent wird (forum arresti); nämlich dann, wenn entweder gegen einen Ausländer, der sich im Inlande betreten läßt, oder gegen einen flüchtigen Schuldner am Orte der Deprehension der Arrest verhängt wird [3]).

---

[1]) Weruher Obs. VII. obs. 204. — Struben Rechtl. Bedenk. III. 12.

[2]) Denn andere Verfügungen, durch welche die Sicherheit des Gläubigers nicht gefährdet wird, müssen dem Schuldner allerdings gestattet werden. — Selbst den Fortgenuß der Zinsen einer mit Arrest belegten Activforderung kann man dem Schuldner nicht immer unbedingt absprechen.

[3]) Denn, abgesehen von diesen beyden Fällen kann man die Befugniß des Arrest verfügenden Gerichts, auch über die Hauptsache zu entscheiden, nicht als eine Wirkung des Arrestes ansehen, weil das Arrestgesuch bey keinem anderen Gerichte angebracht werden darf, als bey einem solchen, welches ohnehin schon für die Hauptsache competent ist. — v. Grolman Theor. des ger. Verf. §. 240. — Martin Lehrb. §. 241. und §. 56. lit. B.

§. 29.

b) Des unrechtmäßig verhängten.

Da die widerrechtliche Verhängung eines Arrestes für den Impetraten nicht nur in Ansehung seines Vermögens, sondern auch seiner persönlichen Ehre von nachtheiligen Folgen seyn kann, so stehen ihm möglicher Weise auch zwey Rechtsmittel zu Gebote, uämlich eine Entschädigungs-[1]) und die Injurienklage, und zwar so, daß, wenn für beyde die erforderlichen Bedingungen vorhanden sind, eine Klage durch die andere nicht ausgeschlossen wird[2]). — Die Verbindlichkeit des Impetranten zur Entschädigung wird jedoch keineswegs schon dadurch allein begründet, daß er in der Hauptsache unterliegt, sondern es müssen hiebey auch die allgemeinen Grundsätze über dolus, culpa und error berücksichtiget werden[3]). — Sollte auch der Richter an dem begangenen Unrechte Theil genommen haben, so würde der Impetrat auch gegen ihn auftreten können[4]). — Wenn übrigens der Beklagte sei-

---

[1]) S. den R. A. von 1594. §. 87.

[2]) Denn jede verfolgt einen anderen Zweck.

[3]) S. Ant. Schauß über die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich impetrirten Arrestes. Landshut 1821.

[4]) Arg. fr. 32. D. De injur. (47. 10.) Aber auch durch widerrechtliche Verweigerung des Arrestes kann sich der Richter einer Entschädigungsklage von Seite des Impetranten aussetzen. Wernher Obs. VII. obs. 220.

nen Entschädigungs-Anspruch, oder die Injurienklage gegen den Impetranten in Form einer Reconvention im Arrestprocesse selbst anbringt, so kann dieser Widerklage die Wirkung der gleichzeitigen Verhandlung nicht beygelegt werden [5]).

§. 30.

c) Des gebrochenen Arrestes.

Wenn sich der Schuldner dem Personalarreste entzieht, so kann ihn der Impetrant gerichtlich verfolgen lassen und auf strengere Haft antragen [1]). Bey einer Verletzung des Realarrestes aber ist zu unterscheiden:

I. Wenn der Impetrat eine in gerichtliche Verwahrung gebrachte oder mit gerichtlichem Siegel belegte Sache wegschafft, so kann dieselbe nicht nur jedem Besitzer [2]) wieder abgenommen, sondern auch gegen den Impetraten die geeignete Strafe verhängt werden. — Sollte die Sache nicht wieder zu erhalten, und auch kein anderes hinreichendes

---

5) Denn der Arrestproceß, und der darauf folgende Hauptproceß stehen im Präjudicialverhältnisse zu dieser Gegenklage. S. Martin Lehrb. §. 243.

1) Danz Grds. der summ. Proc. §. 108.

2) Auch wenn er die Sache in gutem Glauben und titulo oneroso an sich gebracht hätte. Denn die Veräusserung ist eben so ungültig, wie die Veräußerung einer res litigiosa.

Arrestobject mehr vorhanden seyn, so muß sich der Impetrat auf Verlangen des Klägers dem Personalarreste unterwerfen. — Dasselbe findet

II. auch dann Statt, wenn der Gegenstand des Arrestes zwar dem Schuldner in Händen gelassen wurde, — aber mit dem Verbote der Veräusserung, — und Dieser doch eine Veräusserung vornahm.

III. Befand sich das Arrestobject in den Händen eines Dritten, und hat Dieser das Veräusserungsverbot übertreten, so kann die Sache gleichfalls jedem Besitzer wieder abgefordert werden. Kann man aber derselben nicht mehr habhaft werden, — oder will sich der Impetrant der Mühe der Zurückforderung nicht unterziehen, so hat er auch das Recht, von Demjenigen, welcher den Arrest gebrochen hat, Entschädigung zu fordern. — Wirklich angestellt kann aber freylich diese Entschädigungsklage erst dann werden, wenn der Impetrat in der Hauptsache rechtskräftig verurtheilt ist [3]), weil früher weder die Beschädigung selbst, noch die Größe des Schadens vollkommen gewiß ist [4]). — Ja selbst nach der rechtskräftigen Verurtheilung des Beklagten in

---

[3]) Sollte der Schuldner mittlerweile die Flucht ergriffen haben, so müßte gegen denselben die Hauptsache nach vorgängiger Edictalladung im Wege eines Contumacialprocesses verfolgt werden, wobey aber dem Dritten, — welcher den Arrest gebrochen, — die Befugniß nicht abgesprochen werden könnte, seines mittelbaren Interesse wegen für den Abwesenden zu interveniren.

[4]) Mev. Dec. IX. 177.

der Hauptsache ist der Dritte nur zur Leistung dessen verpflichtet, was der Kläger hätte erlangen können, wenn der Arrest nicht gebrochen worden wäre [5]. —

§. 31.

6) Verfahren.

a) Im Allgemeinen.

Das Verfahren in Arrestsachen richtet sich nach dem Grade der vorhandenen Gefahr. Kann, — ohne diese zu vergrößern, der Beklagte über das Arrestgesuch noch vernommen werden, so würde eine strengere Einschreitung nicht zu rechtfertigen seyn. Es kann daher unter dieser Voraussetzung die Sache nach den Regeln des unbestimmt summarischen Processes verhandelt werden [1]. — Läßt sich mit Zuverläßigkeit erwarten, daß schon ein richterlicher Befehl hinreichen werde, um den Impetranten sicher zu stellen, so ist der unbedingte Mandatsproceß in Anwendung zu bringen [2]. — Nur dann, wenn zu besorgen steht, daß

---

[5]) Folglich nicht immer zur Bezahlung des vollen Betrages der Hauptschuld. Daß der Dritte nie zu mehr verpflichtet seyn könne, als der Hauptschuldner selbst, ist für sich klar. Mev. VI. 99. — S. noch Pufendorf T. II. obs. 21.

[1]) v. Gönner Hdb. IV. Abh. 79. §. 16. nro. 3.

[2]) Denn periculum in mora ist auch ein Rechtfertigungsgrund dieser Proceßart.

auch ein unbedingtes Mandat unwirksam bleiben dürfte, erscheint eine unmittelbare executive Einschreitung auf dem Wege des eigentlichen Arrestprozesses als nothwendig. — Ob übrigens in einem gegebenen Falle die Gefahr dringend genug sey, um zu diesem äußersten Mittel greifen zu dürfen, hat der Richter nach den Umständen zu beurtheilen. Bey Sequestrationsanträgen wird diese Nothwendigkeit selten eintreten, desto öfter aber dann, wenn gegen flüchtige Schuldner, oder gegen Ausländer in dem oben angeführten Falle Arrest gesucht wird.

§. 32.

b) Von dem eigentlichen Arrestprocesse insbesondere.

aa) Arrestgesuch.

Wer um die gerichtliche Verhängung eines Arrestes bittet [1], — was eben sowohl mündlich, als schriftlich geschehen kann, — muß sogleich wenigstens bescheinigen, 1) daß ihm ein Anspruch an den Impetraten zusteht, und 2) daß eine so dringende Gefahr vorhanden ist, welche nur durch unmittelbare executive Einschreitung abgewandt werden kann. — Zugleich hat der Impetrant 3) ein geeignetes Arrestobjekt in Vorschlag zu bringen [2], und

---

[1]) Von Amtswegen darf der Richter nur dann einschreiten, wenn eine Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit zu besorgen ist. — S. C. G. O. v. 1555. Th. II. Tit. 21 §. 3. v. Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 79. §. 15.

[2]) Dabey sind die oben §. 22. angegebenen Grundsätze über die Wahl des Arrestobjects zu beobachten.

um die der Beschaffenheit desselben angemessene richterliche Verfügung zu bitten. Das Maaß der erforderlichen Bescheinigung läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen [3]), sondern es muß dem Richter überlassen werden, mit Rücksicht auf die jedesmaligen Umstände zu beurtheilen, ob das von dem Kläger in dieser Hinsicht Beygebrachte genügen könne. Selbst eine bloße Cautionsleistung des Impetranten auf den Fall, wenn der Arrest nachher nicht sollte gerechtfertiget werden können, dürfte nicht unbedingt zu verwerfen seyn, da doch unstreitig ein solches Offert die Angaben desselben zuweilen nicht minder glaubwürdig machen kann, als andere Bescheinigungsmittel [4]). — In so fern der Streit über die Hauptsache nicht ohnehin schon anhängig ist, kann übrigens mit dem Arrestgesuche auch die Hauptklage cumulirt werden [5]).

---

[3]) v. Gönner a. a. O. §. 14.

[4]) v. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 240. nro. 2. — Mittermaier der gem. deutsche Proc. Beytr. IV. S. 156 flg. A. M. Süptitz Lehrb. §. 21. nro. 5. — Linde Lehrb. §. 350. not. 3. —

[5]) In dem Arrestprocesse liegt immer auch der Keim zu einem anderen Rechtsstreite. Wer nämlich um die Verhängung eines Arrestes bittet, muß sich jedesmal einen Anspruch zuschreiben, weil ohne einen solchen von einer Sicherstellung durch Arrest gar nicht die Rede seyn kann. Im Arrestprocesse braucht nun zwar dieser Anspruch vorläufig nur bescheiniget zu werden; allein in der Folge muß es doch noch zu einer vollständigen Erörterung desselben kommen, und das Verfahren,

§. 33.

bb) Richterliche Verfügung.

a) Wenn die Hauptklage mit dem Arrestgesuche nicht cumulirt wurde.

Wenn der Richter nach sorgfältiger Prüfung des Gesuches dasselbe statthaft findet, so wird nun ohne Weiters der erbetene Arrest wirklich verfügt, und dem Impetraten unter Mittheilung des Gesuches davon Nachricht gegeben, zugleich aber auch ein Termin zur Rechtfertigung des Arrestes angesetzt, wozu beyde Theile und zwar der Impetrant bey Strafe der Aufhebung des Arrestes vorgeladen werden.

§. 34.

b) Wenn die Hauptklage mit dem Arrestgesuche cumulirt wurde.

Auf das Arrestgesuch wird in diesem Falle eben so verfügt wie im vorigen. — Die cumulirte Hauptklage

---

in welchem diese Erörterung Statt findet, nennt man den Hauptproceß. Nicht selten ist zu der Zeit, wo für den Kläger Gefahr eintritt, der Hauptproceß bereits im Laufe, und dann bildet das Arrestgesuch einen Incidentpunct. Wenn aber dieses der Fall nicht ist, so kann der Kläger entweder mit dem Arrestgesuche allein auftreten, oder die Hauptklage damit cumuliren, d. h. mit dem Gesuche um Verfügung des Arrestes auch die Bitte um Verurtheilung des Gegners in der Hauptsache verbinden. Eine gleichzeitige Verhandlung beyder Gegenstände in demselben Verfahren wird jedoch durch diese Cumulation keineswegs bewirkt.

aber wird in processualischer Hinsicht so behandelt, als wäre sie selbstständig angebracht worden [1]). — Eignet sich daher dieselbe zum ordentlichen Processe, so ist sie dem Beklagten, wie gewöhnlich zur Vertheidigung mitzutheilen; hat aber der Kläger auf den Executivproceß angetragen, und ist gegen diesen Antrag nichts zu erinnern, so muß ein Productionstermin angesetzt werden, wozu am füglichsten derselbe Tag gewählt wird, an welchem auch die Justification des Arrestes Statt finden soll. — Beide Processe, — der Arrest- und der Hauptproceß werden übrigens unabhängig von einander betrieben [2]), und äußern

---

[1]) v. Grolman Th. des ger. Verf. §. 241. ad II. not. 2. — Linde Lehrb. §. 353. Nro. II. 1). — Mittermaier a. a. O. S. 162.

[2]) Gensler Comm. II. S. 55. Nro. 2. und Linde a. a. O. 2) glauben zwar, daß, wenn es an der nöthigen Bescheinigung oder an hoher Gefahr mangelt, die Arrest- und die Hauptsache so miteinander verbunden werden könnten, daß der Impetrat und Beklagte seine Vertheidigung gleichzeitig gegen beyde Puncte, nach der in der Hauptsache zuläßigen Proceßart vollständig zu verhandeln hätte. — Allein, auch abgesehen davon, daß in Ermanglung dringender Gefahr ohnehin der eigentliche Arrestproceß gar nicht Statt findet, (§. 31. oben und Linde selbst a. a. O. not. 4.) so eignet sich doch die Arrestsache, als ein provisorium, wenigstens zum unbestimmt summarischen Processe (Linde §. 334.), während sich die Hauptsache zum ordentlichen Verfahren eignen kann. — Auch in diesem Falle scheint daher eine formelle Trennung beyder Sachen den Vorzug zu verdienen.

keinen wechselseitigen Einfluß, ausgenommen, daß 1) nach erfolgter rechtskräftiger Lossprechung des Beklagten in der Hauptsache jedenfalls [3]) die Aufhebung des Arrestes begehrt werden kann; und 2) daß der Beklagte in solchen Fällen, wo die Competenz des Gerichtes in der Hauptsache erst durch die Arrestverfügung begründet werden soll, — nicht schuldig ist, sich auf die Hauptklage einzulassen, so lange er die Rechtmäßigkeit des Arrestes anficht, und darüber noch nicht entschieden ist [4]).

§. 35.

cc) Verhandlung im Rechtfertigungstermine.

Unter allen bestimmt summarischen Proceßarten weicht unstreitig der Arrestproceß am Weitesten von dem ordentlichen Verfahren ab. — Denn während im Mandatsprocesse auf die Klage doch gewissermassen nur das Urtheil folgt, wird hier ohne Vertheidigung und Urtheil sogleich schon zur Execution geschritten. Dieser Sprung kann nur durch die dringende Gefahr gerechtfertiget werden, welche schlechthin keine Vernehmung des Beklagten mehr zuläßt. Ist aber diese Gefahr durch die Arrestverfügung abgewandt, so muß Dasjenige nachgeholt werden, was früher nicht geschehen konnte, und zu diesem Zwecke wird der Rechtfertigungstermin angesetzt. —

---

[3]) Denn durch Cautionsleistung kann auch früher schon die Aufhebung des Arrestes bewirkt werden.

[4]) v. Grolman a. a. O. §. 241. ad II.

Hieraus folgt, daß man diesen Termin viel passender Impugnations- als Justificationstermin nennen würde. Denn die Vertheidigung des bisher noch gar nicht gehörten Impetraten ist es hauptsächlich, welche noch nachgeholt werden muß. Der Impetrant wird, — wenn er anders mit seinem Gesuche die erforderlichen Bescheinigungen beygebracht hat, — nichts Anderes zu thun haben, als unter Beziehung hierauf um die Bestätigung des Arrestes zu bitten [1]). Die Behauptung, daß der Impetrant, wenn er die Hauptklage nicht schon mit dem Arrestgesuche cumulirt hatte, dieselbe in dem Justificationstermine anstellen müsse, und daß sodann über diese, so wie über den Arrest gleichzeitig verhandelt werden soll [2]), widerspricht nicht nur dem Grundsatze, daß Sachen, welche sich zu verschiedenen Proceßarten eignen, nicht in demselben Verfahren vermengt werden sollen [3]), sondern auch der Verhandlungsmaxime [4]).

---

[1]) Einen vollständigen Beweis braucht der Impetrant hier, wo es bloß auf ein Provisorium abgesehen ist, nie zu liefern, nicht nur vor der Verhängung des Arrestes, sondern auch nachher im Justificationstermine nicht. — Dieser vollständige Beweis gehört in das Hauptverfahren. Mittermaier a. a. O. S. 162.

[2]) Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 134. — Süptiz Lehrb §. 27. Nro. 2. Zum Theile auch v. Grolman Theor. des ger. Verf. §. 241. ad II. u. III.

[3]) S. oben §. 34. — Linde Lehrb. §. 353 not. 3.

[4]) Denn, wenn der Impetrant mit seiner Hauptklage zu lange zurückbleibt, so kann der Impetrat ex l. Diffa-

§. 36.

Fortsetzung.

Von den Anfechtungsgründen, welche der Impetrat in diesem Termine vorbringt, werden hier nur diejenigen berücksichtiget, welche entweder 1) die allgemeinen, wesentlichen Erfordernisse eines jeden gerichtlichen Verfahrens betreffen [1]); oder welche 2) das Nichtvorhandenseyn der Bedingungen eines rechtmäßigen Arrestes, insbesondere den Mangel einer hinreichenden Gefahr zeigen [2]); oder welche endlich 3) eine Beschwerde gegen die getroffene Wahl der Arrestart oder des Arrestobjects enthalten [3]). Dagegen das bloße Abläugnen der Hauptforderung, zu deren Sicherstellung der Arrest verhängt wurde, kommt, — wenn nur die nöthige Bescheinigung von Seite des Impetranten nicht fehlt, eben so wenig in Betracht, als peremtorische Einreden gegen diese Forderung, es wäre

---

mari provociren. Es ist demnach kein Grund vorhanden, den Richter von Amtswegen für ihn sorgen zu lassen. A. M. Mittermaier a. a. O. S. 166.

[1]) Z. B. die except. fori incomp. — defic. legit. u. dgl.

[2]) Der bloße Widerspruch der von dem Kläger behaupteten und bereits bescheinigten Gefahr ist jedoch ohne Wirkung. Nur durch Gegenbescheinigung kann eine Aufhebung des Arrestes bewirkt werden, wenn sie den Richter von dem Nichtdaseyn der Gefahr überzeugt.

[3]) S. oben § 22.

denn, daß diese Einreden sogleich vollständig liquidirt würden[4]).

§. 37.

Fortsetzung.

Das weitere Verfahren hängt von der Beschaffenheit der vorgebrachten Anfechtungsgründe ab. — Erscheinen dieselben als sofort verwerflich, so wird der verfügte Arrest ohne weiters bestätiget. Außerdem wird entweder dem Impetranten aufgelegt, etwas Fehlendes nachzubringen[1]), oder es wird das zur vollständigen Aufklärung des Richters nothwendige weitere Verfahren durch Replic, Duplic u. s. w. eingeleitet, und nach den Ergebnissen der ganzen Verhandlung bald der Arrest aufgehoben, bald bestätiget. — Ein Beweisinterlocut in Beziehung auf die Arresturſache dürfte kaum zu rechtfertigen seyn, da der Impetrant die nöthige Bescheinigung schon mit dem Gesuche verbinden mußte, und auch im Justificationstermine noch Gelegenheit hatte, dieselbe zu verstärken[2]). — Wenn eine

---

[4]) Denn da schon im unbedingten Mandatsprocesse (ob periculum in mora) illiquide peremtorische Einreden dieser Art in das Verfahren über die Hauptsache verwiesen werden, so muß Dieses im Arrestprocesse noch vielmehr geschehen. Mittermaier S. 163. A. M. sind, weil sie den Haupt= und Arrestproceß vermischen Claproth a. a. O. §. 134. u. Süptitz §. 27. Nro.

[1]) Z. B. die mangelnde Vollmacht.

[2]) Gensler Comment. II. S. 53. a. E. — Linde Lehrb. §. 352 not. 8. — Mittermaier S. 162. —

ordnungswidrige Wahl des Arrestobjekts nachgewiesen wird, so muß wegen der Uebertragung des Arrestes das Geeignete verfügt werden. — die Aufhebung des Arrestes (relaxatio arr.) aus Gründen, welche dem Impetranten zur Last fallen [3]), hat immer auch die Verurtheilung desselben in die Kosten zur Folge. — Gegen die Bestätigung sowohl, als gegen die Aufhebung des Arrestes finden übrigens Rechtsmittel Statt. Indeß bleibt auch in dem letzten Falle der Arrest so lange hängen, bis die Aufhebung rechtskräftig bestätiget ist [4])

§. 38.

7. Wiederaufhebung des Arrestes.

Der einmal verhängte Arrest kann nicht nur durch ein richterliches Decret in Folge der von dem Impetraten dagegen vorgebrachten Einreden [1]), — sondern auch zur Strafe des Ungehorsams aufgehoben werden, wenn nämlich der Impetrant im Justificationstermine ausbleibt [2]). — Au-

---

A. M. Martin §. 243. not. i. — Heffter Inst. S. 430. Nro. 7.

[3]) Wenn sich der Impetrat durch Caution von dem Arreste frey macht, gilt Dieses nicht R. A. v. 1594 §. 87.

[4]) Vergl. v. Gönner Hdb. III. Abh. 61. § 24. u. 25. Danz Grds. §. 109.

[1]) S. den vorigen §.

[2]) S. §. 33.

ßerdem steht es dem Impetraten zu jeder Zeit [3]) frey, die Aufhebung des Arrestes durch Leistung einer hinreichenden Realcaution [4]) zu bewirken. — Diese Realcaution muß jedoch in solchen Fällen, wo sich der Werth des Arrestobjects an sich [5]), oder wegen des individuellen Interesse des Impetraten nicht schätzen läßt, für den ganzen Betrag der gesicherten Forderung in Haupt- und Nebensache geleistet werden. — Außerdem wird sich der Impetrant begnügen müssen, wenn ihm für eine dem Schätzungswerthe des Arrestobjects gleichkommende Summe Sicherheit geleistet wird [6]). Sollte aber der Schätzungswerth der mit Arrest belegten Sache den Betrag der Forderung in Haupt- und Nebensache übersteigen, so würde schon eine Sicherheits-

---

[3]) Nicht nur im Justificationstermine, sondern auch noch nach erfolgter Bestätigung des angelegten Arrestes. Mittermaier. S. 164.

[4]) Eine bloß promissorische, oder auch juratorische Caution ist der Impetrant nicht schuldig, sich gefallen zu lassen. — Nur auf eine Caution durch Bürgen oder Pfänder muß er sich einlassen, aber auch hier muß es ihm gestattet werden, Einwendungen gegen die Tüchtigkeit der Bürgen, oder gegen die Sufficienz der angebotenen Hypotheken vorzubringen. — Der Satz, daß Caution von dem Arreste befreyt, ist übrigens schon in den teutschen Reichsgesetzen anerkannt. R. A. v. 1570 §. 84. — R. D. A. v. 1600 §. 48.

[5]) Z. B. beym Personalarreste.

[6]) Mev. 4. dec. 399. — Denn die Caution ist nur Surogat des Arrestes.

leistung für diesen Betrag als hinreichend anerkannt werden müssen [7]). — Wenn von den bisher angeführten Aufhebungsgründen keiner eintritt, so dauert der Arrest so lange fort, bis entweder der Impetrat in der Hauptsache rechtskräftig losgesprochen, oder der Impetrant vollständig befriedigt, — oder endlich dem Letzteren in Folge einer vernachläßigten Provocation zur Anstellung der Hauptklage perpetuum silentium aufgelegt ist [8]).

§. 39.

Anhang.

Ueber den Ursprung und die Ausbildung des Arrestprocesses.

In so fern man unter Arrest auch die Beschränkung der Dispositionsfreyheit des Schuldners über sein Vermögen zur Sicherstellung des Gläubigers versteht, war derselbe allerdings schon dem römischen Rechte bekannt [1]). Aus einer Stelle der Pandekten sehen wir sogar, daß es nicht mißbilliget wurde, wenn ein Gläubiger seinen flüchtigen Schuldner verfolgte, denselben anhielt, und ihm ei-

---

7) Denn mehr zu fordern, wäre offenbar eine zwecklose Belästigung des Impetraten.

8) S. oben §. 35 not. 4.

1) Fr. 7. §. ult. D. 2. 8. (Qui satisdare cog.) u. Fr. 22 §. 8. D. 24. 3. (Solut. matrim.) Auch die missio in possessionem gehört zum Theile hierher.

genmächtig Etwas abnahm [2]). — Das bestimmt summarische Verfahren aber, welches wir heutzutage unter dem Namen „Arrestproceß“ kennen, und welches bisher dargestellt wurde, war dem Röm. Rechte gewiß fremd [3]). Dasselbe ist vielmehr teutschen Ursprungs und scheint an die Stelle der in früherer Zeit so gewöhnlichen eigenmächtigen Pfändungen getreten zu seyn [4]). — Die Ausbildung dieser Proceßart ist übrigens größtentheils dem Gerichts-Gebrauche zuzuschreiben [5]). Denn die Bestimmungen, welche in den t. Reichsgesetzen über den Arrest vorkommen, beschränken sich nur darauf, daß eigenmächtig angelegte Arreste unstatthaft seyen, — daß selbst dann, wenn ein Reichsunmittelbarer gegen einen andern einen Arrest verhängt hätte, derselbe praestita cautione aufgehoben werden soll, und daß, wenn die Aufhebung des Arrestes dessen ungeachtet verweigert würde, — bey dem Cammer-

---

[2]) Fr. 10. §. 16. D. 42. 8. (Quae in fraud. cred.) — Cujac. Obs. lib. XIX. obs. 16.

[3]) Man führt wohl als ausdrückliche Stellen gegen die Zuläßigkeit eines Arrestverfahrens an: c. un. C. 4. 4. (De prohib. sequestr. und c. 1. C. 7. 53. (De execut. rei judic.) Allein diese Stellen enthalten doch eigentlich nicht mehr, als die Vorschrift, daß in der Regel vor dem Urtheile keine executive Einschreitung Statt finden dürfe.

[4]) Heffter Inst. S. 426. Nro. 3. Mittermaier a. a. O. S. 148. flg.

[5]) v. Glück Comm. VI. S. 331. not. 25.

Gerichte mandata sine clausula de relax. arrest. mit Verweisung der Hauptsache an das ordentliche Gericht (die Austräge) impetrirt werden könnten [6]).

§. 40.

C. Executivproceß.

1 Eigenthümlichkeit dieser Proceßart.

Den allgemeinen Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens gemäß soll dem Beklagten vor der Verurtheilung und Execution immer Gelegenheit zur vollständigen Vertheidigung gegeben werden, selbst dann, wenn der Kläger für die Richtigkeit seines Anspruches sogleich bei der Anstellung der Klage schon einen hinreichenden Urkundenbeweis beygebracht hätte. In Teutschland hat sich jedoch für den so eben bezeichneten Fall der Grundsatz gebildet, daß der Beklagte auf Verlangen des Klägers nur über die Aechtheit der vorgelegten Urkunden vernommen, und, wenn er dieselbe nicht zu widersprechen vermöchte, ohne Weiters zur Befriedigung des Klägers verurtheilt, mit seinen peremtorischen Einreden aber zur besonderen Ausführung (ad separatum) verwiesen werden soll, in so fern er dieselben nicht eben so schnell durch Urkunden beweisen könnte, wie der Kläger seine Klage.

---

[6]) R. A. v. 1570. §. 84. — R. A. v. 1594. §. 82. 83. — R. D. A. v. 1600. §. 48. — Conc. der C. G. D. Th. II. Tit. 24. — J. R. A. §. 139. Danz Reichsgchtspr. §. 280. — Heffter Inst. a. a. D. — Mittermaier a. a. D. S. 150.

Auf diesem Grundsatze beruht der Executivproceß, welcher daher mit dem Executionsverfahren nicht zu verwechseln ist [1])

Die Eigenthümlichkeit dieser Proceßart liegt darin, daß 1) der Kläger seinen Anspruch durch Urkunden beweisen und diesen Beweis schon mit dem Vortrage seiner Klage verbinden muß; 2) daß unmittelbar nach der Klage das Beweisverfahren eingeleitet, und 3) jede peremtorische Einrede des Beklagten, die nicht liquid oder schnell zu liquidiren ist, zur besonderen Ausführung verwiesen wird. — Der Executivproceß weicht daher von dem ordentlichen Verfahren zwar nicht so weit ab, wie der Arrest- [2]) und der unbedingte Mandatsproceß [3]); aber doch weiter als das Verfahren, welches durch ein bedingtes Mandat eingeleitet wird [4]). — Dagegen ist es auch leichter, den Executivproceß zu begründen, als ein mand. sine claus. de solvendo zu erwirken, weil zu dem letzteren öffent-

---

[1]) Denn das Executionsverfahren setzt schon ein rechtskräftiges Urtheil voraus, der Executivproceß führt erst zu einem Urtheile, nur auf einem kürzeren Wege, als der ordentliche.

[2]) Denn im Arrestprocesse folgt unmittelbar auf die Klage schon eine executive Einschreitung.

[3]) Denn hier schließt sich gewissermassen das Urtheil an die Klage an.

[4]) Ein bedingtes Mandat entzieht dem Beklagten nichts an seiner Vertheidigung, wohl aber der Executivproceß.

liche Urkunden erfordert werden, während dort auch Privaturkunden schon hinreichen. Das bei dem Vorhandenseyn aller Erfordernisse dieser Proceßart auch um ein bedingtes Mandat gebeten werden kann, ist keinem Zweifel unterworfen [5]); allein bei den überwiegenden Vortheilen des Executivprocesses wird wohl kaum ein Gläubiger diese Wahl treffen.

§. 41.

2. Ursprung und Ausbildung des Executivprocesses.

Spuren eines schnelleren Verfahrens bei Klagen aus schriftlichen Schuldbekenntnissen finden sich schon im Röm. Rechte [1]). Aber der jetzt übliche Executivproceß ist gewiß germanischen Ursprungs. Vor der Verbreitung des Röm. Rechts in Teutschland war nämlich dem Gläubiger, wel-

---

[5]) Um ein mand. cum cl. zu erhalten, reicht eine bloße Bescheinigung schon hin. Urkunden aber, wie sie der Executivproceß voraussetzt liefern vollen Beweis, sobald nur die Aechtheit derselben anerkannt ist.

[1]) c. 6. C. Th. 2. 4. (De denunciat.) Die alten legis actiones per manus injectionem u. pignoris capionem könnte man zwar auch in so fern einen Executivproceß nennen, als hier das Verfahren durch Executionshandlungen eröffnet wurde. — Mühlenbruch Entw. §. 568. Allein mit unserem Executivprocesse haben sie weder in Ansehung der Voraussetzungen, noch des Verfahrens eine Aehnlichkeit, und könnten eher mit dem teutschen Pfandungen verglichen werden. — Hugo R. G. 10te Aufl. S. 279.

cher „kundliche und unlogenbare" Schuldforderungen gegen Jemanden und darüber Bürgen oder „Brieve" hatte, die Pfändung erlaubt[2]), und zu noch größerer Sicherheit des Gläubigers wurde ihm häufig dieses Pfandungsrecht in dem Schuldbriefe durch eigene Clauseln ausdrücklich eingeräumt. — Um nun nach der gesetzlichen Aufhebung dieser Art von Selbsthülfe wenigstens einigen Ersatz dafür zu erhalten, wurde es Sitte, sich bei verbrieften Schulden wenigstens um schleunige Execution an das Gericht zu wenden, welche auch um so weniger versagt wurde, je fühlbarer der Gegensatz des neuen, weitläufigen Verfahrens zu der bisherigen Sitte seyn mußte, gemäß welcher sich der Gläubiger selbst außergerichtlich zu dem Seinigen verhelfen durfte[3]). Selbst bei dem Reichscammergerichte fand der Gläubiger, welcher eine mit der Executivclausel versehene Schuldverschreibung für sich hatte, eine schnellere Rechtshülfe. — Der eigentliche Executivproceß blieb aber dem Cammergerichte fremd, welches vielmehr in solchen Fällen mandata sine clausula zu erkennen pflegte[4]) — Eben daher verdankt auch der Executiv-

---

[2]) Reform. K. Friedr. III. v. 1442 §. 2—5. In der neuen Samml. der Reichsabschiede I. S. 171.

[3]) Eichhorn D. St. u. R. G. III. §. 463. Nro. 1. — Hefftet Inst. S. 432 Nro. 10 — Mittermaier d. g. d. Pr. Beytr. IV. S. 106 flg. — Mühlenbruch a. a. O.

[4]) R. D. A. von 1600 §. 32 flg. S. oben §. 8 S. 23. u. S. 29 not. 16. a. E.

proceß seine Ausbildung nicht den teutschen Reichsgesetzen, sondern Particulargesetzen und dem Gerichtsgebrauche [5]).

§. 42.

3. Von den Geschäften, aus welchen executive geklagt werden kann.

Ueber die Frage, in welchen Fällen der Executivproceß Statt finde, sind die Meinungen verschieden. Einige Proceßlehrer sehen bloß auf die Liquidität der Klage, und lassen daher dieses Verfahren jedesmal zu, so oft der Kläger seinen Anspruch sogleich durch Urkunden beweisen kann, ohne Rücksicht auf den Grund, oder das Object der Klage [1]). Andere dagegen halten den Executivproceß nur dann für

---

[5]) Anerkannt wurde übrigens die Rechtmäßigkeit des Executivprocesses allerdings auch in den t. Reichsges. besonders in Wechsel- und Merkantilsachen, wobey besonders die Rücksicht auf Beförderung des Credits hervorgehoben wurde, und bey Klagen auf rückständige Zinse u. Gülten. S. Instrum. pac. Osnabr. Art. IV. §. 47. — J. R. A. §. 107. u. §. 174. — R. Schl. von 1670 in Bergmanns C. J. jud. S. 478. Unter den Particulargesetzen, welche auf die Ausbildung des Executivprocesses Einfluß hatten, verdienen besonders die Sächsischen genannt zu werden. D. Aug. S. Kori über den Executivproc. 2te Aufl. Jena 1826. §. 3.

[1]) Am Entschiedensten erklärt sich für diese Ansicht Kori, über den Executivproceß 2te Aufl. §. 6. — Süptitz a. a. O. §. 42.

zuläßig, wenn auf fortlaufende jährliche Prästationen und Gefälle, oder auf verbriefte Geldschulden geklagt wird [2]). Die Praxis neigt sich mehr zur Ansicht der Ersteren hin. Richtiger ist aber gewiß die zweite Meinung. Denn der Executivproceß ist an die Stelle der ehemals üblichen Pfandungen getreten [3]), diese waren aber nur in klaren Schuldsachen [4]), dann bey rückständigen Zinsen, Gülten und

---

[2]) Heffter Inst. S. 433. Nro. 12. — Mittermaier a. a. O. S. 113. — Vergl. noch Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 160. — Gensler Comm. II. S. 65. — Die gewöhnlichste Ansicht der Neueren ist, daß der Executivproceß nur bey persönlichen Forderungen Statt finde, welche aber auch schon zu weit zu gehen scheint, weil auf den Gegenstand der Forderungen gar keine Rücksicht genommen wird, und consequent auch actiones ex delicto zugelassen werden müßten. — S. Danz Grds. der summ. Pr. §. 77. — Thibaut Pand. §. 1212. — v. Grolman Theor. des ger. Verf. §. 243. Nro. I. Martin Lehrb. §. 250. not. b. — Linde Lehrb. §. 360.

[3]) Von selbst versteht sich, daß hier von den Pfändungen wegen eigenmächtiger Beschädigungen durch andere Personen oder durch fremde Thiere nicht die Rede ist. Denn diese Art von Pfändungsrecht besteht dem gemeinen Gebrauche zufolge auch jetzt noch, und ist nie durch eine besondere Proceßart verdrängt worden. S. Eichhorn Einl. in das deutsche Privatrecht. 2te Aufl. §. 121. u. 123.

[4]) Ursprünglich scheint eine „kundliche, unlogenbare Schuld" nicht einmal schlechterdings ein schriftliches Schuldbe=

Zehenten[5]) erlaubt. Auch erkannte späterhin das Reichs-cammergericht, bey welchem nach der Aufhebung der Pfändungen der unbedingte Mandatsproceß dafür in Uebung kam, mand. s. cl. nur „auf Obligationes und Schuldverschreibungen", welche die Executivclausel enthielten[6]). — Daraus folgt, daß der Executivproceß ausgeschlossen ist

---

kenntniß vorausgesetzt zu haben; denn die Reformation K. Friedrich vom Jahre 1442 sagt: „Bürgen oder Briefe."

5) Landfr. v. 1398. Th. I. §. 6. a. E. nennt Zinse und Gülte; die Reformation v. 1442 §. 2. fügt auch noch Zehenten bey. — Auf Schulden dieser Art wurde übrigens die neuere Vorschrift, welche die gedachte Reformation im §. 3 flg. über die Pfändungen ertheilte, gar nicht ausgedehnt, sondern das ältere Herkommen dabey bestätiget. An vielen Orten besteht wenigstens das gutsherrliche Pfändungsrecht wegen solcher Abgaben auch jetzt noch fort. — Wo es aber aufgehoben ist, dürfte die Anwendbarkeit des Executivprocesses nicht zu bezweifeln seyn, weil Schulden dieser Art auch als kundliche und redliche Schulden angesehen wurden. Eichhorn a. a. O. §. 121., 123. und 264. Was insbesondere ausständige Capitalszinse betrifft, so ist die Beytreibung derselben auf dem Wege des Executivprocesses ausdrücklich als zuläßig anerkannt im J. R. A. §. 174. —

6) R. D. A. von 1600 §. 31. flg. Wenn hier von Zinsen und Gülten keine Erwähnung geschieht, so mag der Grund hievon darin liegen, weil damals das Selbstpfänden wegen solcher Ausstände noch allgemein in Uebung war.

1) bey allen dinglichen und possessorischen Klagen [7]; 2) bey den s. g. Präjudicialklagen und 3) in allen Fällen, wo ex delicto geklagt wird [8]. Auch die actio ex testamento auf Entrichtung eines Legats eignet sich nicht zu dieser Proceßart [9]. So oft dagegen eine, mit den gehörigen Eigenschaften (§. 43) versehene Schuldverschreibung vorliegt, welche auf eine bestimmte Summe Geldes, oder auf eine bestimmte Quantität s. g. fungibler Sachen lautet [10], findet diese Proceßart Statt. Auf die Beschaffenheit des vorausgehenden Geschäftes, in Folge dessen der

---

7) Das Verfahren, welches bey dem remed. ex l. ult. C. De edicto D. Hadriani tollendo Statt findet, hat zwar Aehnlichkeit mit dem Executivprocesse, ist aber doch keineswegs eine Art desselben.

8) Bey Klagen ex delicto, so wie auch bey dinglichen Klagen würde übrigens ohnehin der hier erforderliche vollständige Urkundenbeweis nicht leicht geliefert werden können.

9) Vergl. Hommel rhapsod. obs. 4.

10) Denn fungible Sachen dürften um so mehr dem Gelde in dieser Hinsicht gleichgestellt werden, als in den obenangeführten Reichsgesetzen auch Gülten und Zehenten genannt sind. — Mittermaier a. a. O. S. 113 v. Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 77. §. 3. — Wenn dagegen die Forderung auf das Herausgeben einer individuell bestimmten Sache oder auf persönliche Dienste gerichtet ist, so findet der Executivproceß nicht Statt.

Verpflichtete das schriftliche Schuldbekenntniß ausgestellt hat, kommt dabey nichts an [11]).

§. 43.

4. Nähere Bestimmung der Erfordernisse des Executivprocesses.

Zur Begründung des Executivprocesses sind I. schlechterdings keine anderen Beweismittel brauchbar, als Urkunden, und dieses gilt nicht etwa bloß in Ansehung des Beweises der Hauptverbindlichkeit des Beklagten selbst, sondern auch in Beziehung auf alle Umstände, deren Beweis dem Kläger in dem gegebenen Falle obliegt [1]). Auch die legitimatio ad causam, — die active sowohl, als die passive [2]), — muß daher durch Urkunden geführt wer-

---

[11]) D. h. nicht bloß dann, wenn der Schuldner bekennt, das Geld als Darlehen schuldig zu seyn, sondern auch, wenn er eine andere causa debendi in dem Schuldscheine anführt, kann executive wider ihn geklagt werden.

[1]) Daß aber der Beweis aller dieser Umstände durch eine Urkunde geliefert werde, ist gerade nicht nothwendig. — Gensler Comm. II. S. 97.

[2]) In Ansehung der Passivlegitimation halten Einige auch die Eidesdelation für zuläßig, z. B. Mittermaier a. a. O. S. 119, und diese Ansicht ist selbst hie und da durch Landesgesetze bestätiget; (S. z. B. Kori a. a. O. §. 12. not. 86.) allein der Natur des Executivprocesses entspricht dieselbe gewiß nicht. — Gensler Comm. II. S. 68.

den, und bey Schuldforderungen, zu deren Bezahlung der Schuldner nur nach vorgängiger Aufkündigung verpflichtet ist, gilt Dasselbe hinsichtlich des Beweises der wirklich geschehenen Kündigung [3]). —

II. Die Urkunden müssen s. g. instrumenta guarentigiata [4]) seyn. — Darunter verstand man vielleicht Anfangs nur solche Urkunden, welche mit einer öffentlichen Beglaubigung versehen waren [5]); jetzt läßt man zwar auch Privaturkunden als guarentigirte Instrumente gelten; indessen müssen sie ihrem Inhalte und ihrer Form nach

---

[3]) Auch in dieser Hinsicht wird gewöhnlich die Eideszuschiebung als erlaubt dargestellt. — Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 161. not. d. jedoch ebenfalls mit Unrecht. — Der Vorschlag, daß in Ermangelung eines urkundlichen Beweises über die geschehene Aufkündigung der Kläger ausdrücklich bitten soll, dem Beklagten eine der Aufkündigungs-Zeit gleichkommende Frist zu ertheilen, ist inconsequent und selbst zwecklos. — Mittermaier a. a. O. S 118. a. E. Vergl. Kori § 14. und noch §. 15.

[4]) Das Wort „guarentigiatum“ wird abgeleitet von „guaren“ —, was eben so viel bedeutete, als gewähren, sichern, cavere. — Gensler Comm. II. S. 67. — Kori §. 7. not 28.

[5]) Eichhorn d. St. u. R. G. III. §. 463. not. g. — Mittermaier a. a. O. S. 117. Dafür spricht auch noch der Umstand, daß der unbedingte Mandatsproceß, welcher bei dem Cammergerichte die Stelle des Executivprocesses vertrat, öffentliche Schuldverschreibungen voraussetzte.

dazu geeignet seyn, die in Frage stehenden Forderungen in allen Beziehungen, subjectiven sowohl, als objectiven als vollkommen klar und liquid darzustellen. Insbesondere muß also daraus der Grund der Forderung (die causa debendi) [6]), der Betrag derselben, die Zahlungszeit [7]) die Person des Gläubigers [8]) und des Schuldners [9]) ersichtlich seyn. — Was die äußere Form betrifft, so ist zwar heutzutage bey Privaturkunden die Beydrückung des Siegels nicht nothwendig [10]), dagegen darf die Unterschrift

---

6) Wenn sich jedoch der Entstehungsgrund der Schuld aus dem Zusammenhange der ganzen Verschreibung schon errathen läßt, so schadet der Mangel der ausdrücklichen Anführung desselben nicht. — Kori §. 13. not. 91.

7) Dieses ist jedoch nur so zu verstehen, daß der Executivproceß unzuläßig ist, wenn die Zahlungszeit auf eine ganz unbestimmte Art ausgedrückt ist, so daß der Richter nicht wissen kann, ob zur Zeit der Klagestellung der dies schon eingetreten sey oder nicht. Denn ist über die Zeit der Zahlung gar nichts bestimmt, so kann der Executivproceß dessenungeachtet eingeleitet werden. — Vergl. Kori §. 14.

8) Kori §. 11.

9) Ebenders. §. 10.

10) Selbst ein Brief des Schuldners reicht hin, wenn er nur alle wesentlichen Momente vollkommen in das Klare setzt. — Claproth a. a. O. §. 160. nro. 9. — Süptiz Lehrb. §. 40. u. 41.

des Ausstellers nicht fehlen [11]. — Daß bloße Abschriften, — sobald es zur wirklichen Production kommt [12], — nicht hinreichen, ist eben so wenig einem Zweifel unterworfen, als daß Correcturen und Durchstreichungen wesentlicher Stellen den Executivproceß hindern [13].

§. 44.

Verfahren.

a) Einrichtung der Klage.

Die Klageschrift ist im wesentlichen eben so abzufassen, wie im ordentlichen Verfahren; nur müssen die nöthigen Urkunden sogleich jetzt schon wenigstens abschriftlich beygelegt werden, und das Proceßgesuch ist ausdrücklich auf die diesem summarischen Verfahren entsprechende Verfügung (§. 45) zu richten. — Eine Cumulation mehrerer

---

11) In so ferne es nämlich außerdem zweifelhaft seyn könnte, ob das Geschäft zum Abschlusse gekommen sey. — Kori §. 10 not. 68.

12) Denn bey der Anstellung der Klage genügt es, bloße Abschriften beyzulegen. — Vergl. nach Kori §. 7. not. 35.

13) Kori §. 8. Weil anfänglich nur Abschriften überreicht zu werden brauchen, werden übrigens solche Mängel erst im Productionstermine selbst von dem Beklagten gerügt werden können.

Klagen hat nur dann den Erfolg gleichzeitiger Verhandlung, wenn sich alle zu dieser Proceßart eignen.

§. 45.

b) Verfügung auf die Klage.

Wenn alle Erfordernisse des Executivprocesses vorhanden sind, und auch gegen die Einrichtung der Klage nichts zu erinnern ist [1]), so wird von dem Richter ein Termin angesetzt, und der Kläger zur Production der Originalien, der Beklagte aber zur Erklärung über die Aechtheit der Urkunden [2])

---

[1]) Denn, wenn sich in einer oder der andern Beziehung ein Mangel zeigt, die Klage aber doch nicht ihrem wesentlichen Inhalte nach als unstatthaft erscheint, so wird entweder ein bedingtes Mandat erlassen, oder, — wenn auch hiezu die Requisite nicht vorhanden seyn sollten, der ordentliche Proceß eingeleitet. Martin §. 251. not. f. Mittermaier im Arch. für civ. Prax. Bd. V. S. 383. flg. — Die Behauptung, daß der Kläger in diesem Falle immer nur mit der Formel „wie gebeten, abgeschlagen" zurückgewiesen werden soll, scheint doch nur zu zwecklosen Wiederholungen zu führen. A. M. v. Gönner Hdb. Bd. I. Abh. X. §. 12. nro. 5. — Gegen ein abschlägiges Decret können übrigens unstreitig von dem Kläger auch Rechtsmittel gebraucht werden.

[2]) Vorausgesetzt nämlich, daß die Urkunden nicht öffentliche sind. Denn in diesem Falle kann der Beklagte nur zur Einsicht derselben vorgeladen werden. — Gensler Comm. II. S. 69. nro. 3.

auf denselben vorgeladen [3]). — Die Vorladung des Beklagten geschieht gewöhnlich mit der Drohung, daß im Falle des Ungehorsams die Urkunden als anerkannt betrachtet werden würden. — Auch ist es zweckmäßig, denselben jetzt schon zur Anbringung der im Executivprocesse zuläßigen Einreden, spätestens im Productionstermine, — peremtorisch aufzufordern [4]) — Die Vorladung des Klägers unter einem strengeren Präjudize, als daß sein Ausbleiben für eine Verzichtleistung auf die Proceßart genommen werden würde, dürfte jedoch nicht zu rechtfertigen seyn [5]),

§. 46.

c. Vertheidigung des Beklagten.

Schon der Umstand, daß im Executivprocesse sogleich bey der Anstellung der Klage ein vollständiger Urkunden-

---

[3]) Hierauf muß auch das Proceßgesuch in der Executivklage gerichtet werden. — Die Bitte, den Beklagten zur Einlassung aufzufordern, widerspricht der Natur des Executivprocesses, und ist unklug. Kori §. 18. not. 125.

[4]) Denn sonst muß man consequent zugeben, daß der Beklagte, obwohl er im Productionstermine nicht erschienen ist, doch alle in dieser Proceßart zuläßigen Einreden noch nachholen dürfe. Martin §. 251. vor not. g. Süptitz §. 45 a. E.

[5]) Süptitz §. 46. not. 2.

Beweis angetreten wird, muß eine Veränderung in dem Vertheidigungssysteme des Beklagten hervorbringen. Während sich nämlich Dieser im ordentlichen Verfahren auch durch bloßes Abläugnen des historischen Klagegrundes (durch die s. g. negative Einlassung oder Litiscontestation) schützen kann, fällt diese Art von Vertheidigung im Executivprocesse von selbst hinweg, weil der Kläger bereits den Beweis übernommen hat, zu dessen Herstellung er in Folge einer verneinenden Antwort verpflichtet werden könnte [1])

Die Vertheidigung des Beklagten ist aber auch außerdem noch beschränkt. Durch die Anticipation des Urkundenbeweises wird nämlich nur die Wirksamkeit einer negativen Beantwortung der Klage vereitelt; wahre perem-

---

[1]) Nicht die Behauptungen des Klägers sind es mehr, welchen der Beklagte mit Erfolg einen Widerspruch entgegensetzen kann, sondern die Urkunden, welche zur Unterstützung jener Behauptungen vorgelegt wurden, weil der Kläger durch die Anticipation des Beweises der Sache sogleich in das Gebiet des Beweisverfahrens versetzt hat. — Was im ordentlichen Processe die negative Einlassung auf die Klage, das ist im Executivprocesse die Diffession der Urkunden. Eine Einlassung im gewöhnlichen Sinne kommt hier gar nicht vor, und würde auch zwecklos seyn. — Kori a. a. O. §. 26. — Gensler Comm. II. S. 70. a. f. Nur die exceptio non num. pecun. — welche eigentlich auch eine negative Einlassung ist, macht eine Ausnahme, aber bloß deswegen, weil sie das Eigenthümliche hat, daß durch dieselbe auch die Beweiskraft der Urkunde zerstört wird. Gensler a. a. S. 75.

torische Einreden des Beklagten auszuschließen, dazu würde in jener Anticipation allein noch kein hinreichender Grund gefunden werden können, weil ja auch eine vollständig bewiesene oder gerichtlich eingestandene Klage noch durch solche Einreden entkräftet werden kann. — Da es jedoch, wenn man alle peremtorischen, auch illiquiden Exceptionen zulassen, und das Urtheil bis zum Schlusse der Verhandlungen darüber aufschieben wollte, ganz in der Willkühr des Beklagten stünde, den Kläger in ein eben so weitläufiges Verfahren zu verwickeln, als wenn derselbe für seine Forderung keine Urkunde producirt hätte, — während es doch unverkennbar von jeher in Teutschland herrschende Idee war, daß sich der Gläubiger unter dieser Voraussetzung einer schnelleren Hülfe zu erfreuen haben sollte; — so werden peremtorische Einreden im Executivprocesse nur dann berücksichtiget, wenn sie eben so schnell durch Urkunden bewiesen werden, wie der Kläger seine Klage bewiesen hat [2]).

---

[2]) Einige Proceßlehrer wollen auch die Eidesdelation als Beweismittel in Bezug auf die Einreden im Executivprocesse zulassen. Glück Comm. XII. S. 287. Mittermaier S. 123. Da jedoch die Gewissensvertretung zu den möglichen Folgen dieses Beweismittels gehört, so dürfte dasselbe dem Urkundenbeweise nicht gleichzustellen seyn. v. Gönner Hdb. II. Abhandl. 51. §. 3. Die übrigen Gründe, welche noch für die Zuläßigkeit der Eideszuschiebung angeführt werden, sind bloße Gründe der Billigkeit. — Heffter (Instit. S. 436) glaubt sogar, daß, mit Ausnahme der Einrede der Compensation, alle übrigen peremtorischen Einreden auch dann gehört werden müßten, wenn sie der Beklagte nicht sofort liquid machen könnte. Allein es ist

Widrigenfalls werden sie zur besonderen Ausführung verwiesen [3]).

Was endlich die dilatorischen Einreden betrifft, so sind auf jeden Fall diejenigen zuläßig, durch welche der Mangel eines solchen Erfordernisses gerügt wird, ohne dessen Beobachtung überhaupt kein gerichtliches Verfahren gültig bestehen kann [4]), und bei Einreden dieser Art ist nicht

---

nicht abzusehen, worin unter dieser Voraussetzung der Vortheil des Executivprocesses bestehen sollte, indem der Beklagte, um die Sache zu verzögern, auch Einreden fingiren kann. — Solche Einwendungen, welche von Seite desjenigen, der sie vorbringt, gar keines Beweises bedürfen, sind übrigens wohl unter allen die liquidesten, und daher gewiß in dieser Proceßart zuläßig. Insbesondere gilt dieses von der exceptio non numerat. pecuniae. Vergl. Glück Comm. XII. S. 159 flg. Daß der Executivproceß im teutschen, jene Einrede aber im Röm. Rechte begründet ist, kann keineswegs als ein hinreichender Grund ihrer Unanwendbarkeit angeführt werden. A. M. Gensler Comment. II. S. 73 flg. — Die s. g. except. juris gehören aber durchaus nicht immer zu denjenigen Einreden, die keines Beweises mehr bedürfen, z. B. die exc. Sct. Maecdon. Kori S. 98. not. 17.

[3]) Diese besondere Ausführung wird auch wohl die Widerklage genannt, obwohl der Ausdruck nicht immer passend ist. S. Kori S. 97. §. 6.

[4]) z. B. die gerichtsablehnenden Einreden, die except. defic. legit. ad processum u. dgl. — Die except.

einmal ein schneller Beweis nothwendig, wie bei den peremtorischen[5]). — Aber auch die Einwendung muß unstreitig gehört werden, daß in dem gegebenen Falle die besonderen Requisite des Executivprocesses nicht vorhanden seyen, daß folglich diese Proceßart gar nicht hätte eingeleitet werden sollen[6]) (exceptio non rite formati processus), weil, wenn man dieselbe ausschließen würde, der Beklagte der Willkür, oder Unkenntniß des Richters Preis gegeben wäre. — Solche verzögerliche Einreden aber, welche in keine der bisher angeführten Classen gehören, können auch nur durch einen schleunigen Urkundenbeweis im Executivprocesse geltend gemacht werden[7]).

---

fori declin. befreyen übrigens auch hier von der Verbindlichkeit, sich über die Aechtheit der Urkunden zu erklären.

5) In der Regel wird sich die Liquidität solcher Einreden schon aus den bisherigen Acten ergeben. Zuweilen kann aber doch ein Beweis als nothwendig erscheinen, namentlich bey der exc. jud. incomp. Gensler Comm. II. S. 72. a. E.

6) z. B. weil die beygebrachten Urkunden nicht alle wesentlichen Puncte außer Zweifel setzen, weil die Klage an sich zum Executivprocesse nicht geeignet ist u. dgl.

7) z. B. die except. plus petit. temp. wenn sich der Beklagte darauf beruft, daß ihm der Kläger durch eine besondere Uebereinkunft eine Zahlungsfrist bewilliget habe, die noch nicht abgelaufen sey. — Mit Recht räumt man übrigens dem Beklagten auch im Executivprocesse die Befugniß ein, eine cautio pro reconuen-

§. 47.

d) Verhandlungen im Productionstermine.

Im Productionstermine hat vor Allem der Kläger die Originalurkunden vorzulegen, und den Gegner zur Erklärung über die Aechtheit derselben aufzufordern. Von dieser Erklärung und dem sonstigen Vorbringen des Beklagten hängt sodann das weitere Verfahren ab. — I. Recognoscirt derselbe die Urkunde unbedingt, ohne eine Einrede vorzuschützen, so kann der Kläger ohne Weiters auf Verurtheilung in Haupt- und Nebensache antragen. — II. Diffitirt er die Urkunde, so muß er sich sofort zur Ableistung des Diffessionseides bereit halten. Die Abwendung dieses Eides durch den Antrag des Klägers auf Schriftenvergleichung oder auf Führung eines anderen Aechtheitsbeweises ist der gewöhnlichen Meinung zufolge [1]) im Executivpro-

---

tione von dem Kläger zu verlangen, wenn anders die gewöhnlichen Bedingungen derselben vorhanden sind. Leyser spec. 34. med. 7. — Weniger läßt sich für die Zuläßigkeit eines Antrages auf die cautio pro expensis sagen, obwohl man gewöhnlich dem Kläger auch die Verbindlichkeit zu dieser Cautionsleistung auflegt. Kori §. 23. Mittermaier S. 121.

[1]) Wernher Obs. I. obs. 104. v. Grolman Theorie des ger. Verf. §. 243. nro. III. Mittermaier S. 125. — Da indessen durch die Schriftenvergleichung nur die Aechtheit der Urkunde hergestellt werden soll, und an die Stelle des Urkundenbeweises über die Forderung selbst kein anderer Beweis substituirt wird,

cesse unstatthaft. Will es daher der Kläger nicht zur wirklichen Ableistung des Diffessionseides kommen lassen, so muß er gleichwohl auf den Executivproceß renunciren, und das ordentliche Verfahren einleiten. —

III. Bringt der Beklagte Einreden vor, so kommt es zunächst darauf an, ob dieselben im Executivprocesse überhaupt zuläßig sind, oder nicht. — In dem letzten Falle braucht sich der Kläger gar nicht darauf einzulassen. Er zeigt vielmehr ihre Unstatthaftigkeit, und bittet um die Verurtheilung des Beklagten, welche auch, — nöthigenfalls mit dem Vorbehalte der besonderen Ausführung, — hierauf wirklich erfolgt. — In dem ersten Falle richtet sich aber das fernere Verfahren nach der Beschaffenheit der vorgeschützten Einreden. Sind diese 1) dilatorisch und zwar insbesondere a) gerichtsablehnend, so wird entweder die Klage von diesem Gerichte weggewiesen, — oder, wenn die Incompetenz noch zweifelhaft seyn sollte, der erforderliche Beweis aufgelegt [2]). b) Bey anderen verzögerlichen Einreden, welche sich auf unerläßliche Erfordernisse des gerichtlichen Verfahrens überhaupt beziehen, wird dem Kläger aufgelegt, entweder das Fehlende nachzuholen [3]), oder den

---

so läßt sich die gew. Meinung nicht rechtfertigen. — Brokes sel. obs. for. obs. 107. — Schmidt öff. Rechtsspr. S. 681. flg.

2) Gensler Comm. II. S. 72. a. E.

3) z. B. die mangelnde Vollmacht.

etwa nöthigen Beweis zu liefern [4]). c) Die exceptio non rite formati processus hat, wenn sie als begründet befunden wird, die Abweisung des Klägers vom Executivprocesse zur Folge. d) Sollte die except. pl. pet. temp. liquid vorliegen, so wäre die Klage „zur Zeit" abzuweisen. In allen diesen Fällen wird übrigens der Kläger über die vorgebrachten Einreden vor dem richterlichen Erkenntnisse mit seiner Replicserinnerung, auch wohl der Beklagte mit seiner Duplic vernommen. — Von der Verbindlichkeit, eine Erklärung über die Aechtheit der Urkunden abzugeben, befreyen übrigens nur die gerichtsstandablehnenden Einreden [5]). Bei allen übrigen muß sich der Beklagte wenigstens eventualiter über die Aechtheit äußern. 2) Ueber peremtorische Einreden, zu deren Beweis der Beklagte sogleich Urkunden beybrachte [6]), muß auf jeden Fall der Kläger noch gehört werden; und dieser kann sich auf zweifache Art dagegen vertheidigen, nämlich

---

4) Nicht bloß bey gerichtsablehnenden, auch bey anderen Einreden, deren Ausseracht lassung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben würde, kann ein Beweisinterlocut nothwendig werden, z. B. bey der except. defic. personae standi in judicio, wenn der Grund derselben widersprochen wird.

5) Denn die Recognition oder Diffession vertritt hier die Stelle der Einlassung, und von dieser befreyen die exc. forideclinator.

6) Sind sie illiquid, so kommt das am Anfange des §. Bemerkte zur Anwendung.

a) durch eidliche Diffession der Urkunden [7]), und b) durch Vorbringung wahrer Replicen, — welche aber ebenfalls entweder sofort liquid, oder durch Urkunden erweislich seyn müssen, wenn sie die Lossprechung des Beklagten im Executivprocesse verhindern sollen [8]). Nach der Ver-

7) Bey solchen Einreden, welche für sich, auch ohne Urkunde schon liquid sind, fällt dieses natürlich hinweg.

8) Ob im Executivprocesse auch die Replicen sogleich durch Urkunden liquidirt werden müssen, ist zwar bestritten, und mehrere Proceßlehrer (Martin Lehrb. §. 252. not. g. Heffter Instit. S. 437. nro. 16.) behaupten das Gegentheil, wohl aus keinem andern Grunde, als weil die dadurch entstehende Verzögerung nur dem Kläger nachtheilig ist, dieser aber auf das beschleunigte Verfahren Verzicht leisten kann. Wenn man aber erwägt, daß durch die Zulassung illiquider Replicen, wogegen sodann auch illiquide Duplicen gehört werden müssen, ein seltsames Gemisch von summarischem und ordentlichem Verfahren entsteht, — und nach dessen Beendigung möglicher Weise noch ein neuer ordentlicher Proceß über diejenigen Einreden nachfolgen könnte, welche der Beklagte ihrer Illiquität halber im Executivprocesse gar nicht berührt hatte; so dürfte wohl die Meinung Derjenigen den Vorzug verdienen, welche in dem Falle, wo einer vollkommen liquiden peremtorischen Einrede nichts als eine illiquide Replic entgegengesetzt wurde, annehmen, daß der Kläger im Executivprocesse abzuweisen sey, und daß demselben nun nichts Anderes übrig bleibe, als im ordentlichen Processe aufzutreten, und die illiquide Replic in dem Vortrage seiner Klage zu anticipiren. Gensler Comm. II. S. 79. Derselbe im Arch. für civ. Prax. I. S. 455. flg. — Mittermaier S. 126.

schiedenheit des Erfolges dieser Verhandlungen ergeht endlich bald ein verurtheilendes, bald ein lossprechendes Erkenntniß, wogegen Rechtsmittel mit den gewöhnlichen Wirkungen [9]) gebraucht werden können. — Da übrigens der Executivproceß nicht auf eine erschöpfende Erörterung der ganzen Sache berechnet ist, so steht es dem verurtheilten Schuldner immer noch frey, mit denjenigen Einreden, welche nur wegen der eigenthümlichen Natur des Executivprocesses bisher nicht berücksichtigt werden konnten [10]), in einem besonderen ordentlichen Verfahren [11])

---

[9]) Daß die ordentlichen Rechtsmittel gegen ein den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß den Suspensiveffekt nicht haben sollen, (Claproth Einl. in die summ. Proc. 173) läßt sich nicht beweisen. Der §. 107 des J. R. A. spricht nur von Wechsel- und Mercantilsachen, bey welchen eine besondere Rücksicht eintritt, welche nicht auf alle Fälle des Executivprocesses paßt. — Gefahr auf dem Verzuge gehört aber nicht zu den Bedingungen des Executivprocesses. — Gensler Comm. II. S. 80. Lit. E. — Mittermaier S. 127 not. 67.

[10]) Denn sind die Einreden zugelassen, erörtert und ihrer inneren Unstatthaftigkeit halber verworfen worden, so können sie in separato nicht mehr angebracht werden. — Danz Grundſ. der summ. Proc. §. 84. not. * Ad. Dietr. Weber Beytr. zu der Lehre von den Klag. u. Einr. St. I. nro. 6.

[11]) Die ad separatum verwiesenen Einreden werden in der Form einer Klage vorgetragen, vermittelst welcher der verurtheilte Schuldner Dasjenige wieder zurückfordert, was er in Folge des Executivprocesses bezahlen mußte.

nachträglich aufzutreten, — selbst dann, wenn ihm auch in dem Urtheile die besondere Ausführung nicht ausdrücklich vorbehalten worden wäre.

§. 48.

Unbestimmt summarisches Verfahren.

I. Fälle, in welchen dasselbe Statt findet.

Das s. g. unbestimmte summarische Verfahren tritt dann ein, wenn zwar die Sache zu einer schnelleren Behandlung geeignet ist (S. oben §. 3.), aber gleichwohl die besonderen Requisite einer der bisher dargestellten bestimmt summarischen Verfahrungsarten nicht vorhanden sind [1]). Von Amtswegen darf jedoch der unbestimmt summarische Proceß nie eingeleitet werden, in so fern nicht etwa die Beschleunigung durch Rücksichten auf das allgemeine Wohl

---

Gensler Comm. II. S. 80. — Hat der Beklagte Grund zu besorgen, daß der Kläger bis zur Entscheidung des Separatprocesses ausser Stand kommen dürfte, ihm das Geleistete zurückvergüten zu können, so darf er auf Caution, oder, wenn diese nicht gestellt werden kann, auf gerichtliche Deposition antragen. Claproth §. 173. a. E. — Mittermaier S. 127. flg. — Kori §. 37.

[1]) Genauer lassen sich die Fälle des unbestimmten summarischen Verfahrens von denen des bestimmten nicht ausscheiden, weil das letztere zum Theile schon durch allgemeine Gründe (z. B. der bedingte Man=

oder auf öffentliche Ruhe und Sicherheit geboten ist [2]), sondern der Kläger muß ausdrücklich darauf antragen [3]). Mit Einverständniß beider Theile kann übrigens selbst eine solche Sache, welche ihrer Beschaffenheit nach zu dem ordentlichen Verfahren geeignet wäre, unbestimmt summarisch verhandelt werden [4]).

---

datsproceß durch Bescheinigung des Anspruches, der unbedingte unter Andern durch ein factum nullo jure just. u. dgl.) gerechtfertiget wird, welche in allen einzelnen Fällen, die ihrer Beschaffenheit nach zu den causis summariis überhaupt gehören, noch besonders hinzukommen können. — Die nämliche Sache kann nach Verschiedenheit der Umstände bald zu einer bestimmten, bald nur zu einer unbestimmten summarischen Behandlung geeignet erscheinen.

[2]) z. B. bey Ehestreitigkeiten.

[3]) Süptiz Lehrb. §. 5. nro. 3. — Sollte das unbestimmt summarische Verfahren in einem gegebenen Falle auch für den Beklagten als wünschenswerth erscheinen, was z. B. bey Baustreitigkeiten wohl möglich ist, so könnte auch dieser darauf dringen, und ohne Zweifel müßte der Richter seinem Begehren entsprechen, wenn gleich der Kläger sein Proceßgesuch auf das ordentliche Verfahren gerichtet hätte. — Vergl. v. Gönner Hdb. Bd. II. Abh. 30.

[4]) Denn in diesem Falle kann nicht von einem unzuläßigen Conventionalprocesse die Rede seyn.

§. 49.

II. Form des Verfahrens.

Obwohl im unbestimmten summarischen Verfahren Manches dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen werden muß, so fehlt es doch keineswegs an gesetzlichen Vorschriften, — weder über die Mittel, deren er sich zur Abkürzung der Sache bedienen darf, noch über die Erfordernisse, die hier eben so wohl, wie im ordentlichen Processe beobachtet werden müssen. — Als Hauptquelle ist in dieser Hinsicht das canonische Recht und zwar insbesondere die Clem. 2. De V. S. (5. 11.) anzusehen[1]. — Aus dem Zusammenhange dieser Stelle ergibt sich,

---

[1] Zwar scheint sich diese Clementine in den Eingangsworten nur als eine Instruction für einen delegirten Richter anzukündigen, der nach dem Inhalte seines Auftrages „simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura judicii" verfahren sollte. — Allein am Schlusse derselben (Quae omnia etiam etc.) ist die Beobachtung der darin enthaltenen Vorschriften ausdrücklich auch für solche Fälle anbefohlen, wo nicht in Folge eines besonderen päbstlichen Jurisdictionsauftrages, sondern schon nach einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung eine Sache „simpliciter et de plano" verhandelt und entschieden werden soll. Auf jeden Fall ist gewiß, daß man sowohl bey weltlichen, als bey geistlichen Gerichten diese Clementine als Richtschnur bey dem Verfahren in causis summariis gelten ließ. — S. Heffter Instit. S. 419. Nro. 3. Mittermaier der gem. deutsche Proc. Beytr. IV. S. 74. — Eine Erläuterung der

I. daß es keineswegs die Absicht des Pabstes war, den Richter bey der Verhandlung summarischer Sachen von der Beobachtung der wesentlichen Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens zu dispensiren, sondern nur ihn zu Verfügungen und Unterlassungen zu ermächtigen, welche, unbeschadet jener Grundsätze, zur Beschleunigung der Sache beytragen konnten. In diesem Geiste wird zwar dem Richter erlaubt, a) anstatt der im ordentlichen Processe üblichen schriftlichen Vorträge, auch mündliche zuzulassen [2]; — b) nicht nur an Werktagen, sondern auch an weltlichen Feyertagen thätig zu seyn [3]; — c) Fristen und Termine ohne Rücksicht auf die Observanz im ordentlichen Processe abzukürzen nnd einzuziehen [4]; endlich d) in jeder Lage des Processes zur Auf-

---

Clem. Soepe, welche besonders dazu geeignet ist, die damals übliche Methode der Interpretation eines Gesetzes anschaulich zu machen, findet sich in der Practica Lanfranci 1534 Lugd. fol. Cll. Caus. deleg. et summar.

2) Clem. cit. verb.: „sive scriptis, sive verbo.“ Vergl. Puchta Beytr. zur Gesetzg. S. 319. Mittermaier a. a. O. S. 95. a. E.

3) Cl. cit. „in tempore etiam feriarum ob necessitates hominum indultarum.“

4) Cl. cit. „amputet dilationum materiam.“ Daß die Fristen im summarischen Processe schon das erstemal peremtorisch vorgeschrieben werden sollen, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, entspricht aber gewiß

klärung der Sache geeignet scheinende Fragen an die Parteyen zu stellen [5]). — Dagegen ist es ihm ausdrücklich zur Pflicht gemacht, a) bey der Entscheidung die Anträge und petita der Parteyen im Auge zu behalten (Verhandlungsmaxime) [6]); b) dem Angegriffenen vollständige Vertheidigung zu gestatten (Grundsatz des wechselseitigen Gehörs [7]); und für die schriftliche Aufzeichnung der mündlich gehaltenen Parteyvorträge zu sorgen (Grundsatz des schriftlichen Verfahrens) [8]). — Eben so wenig lag

---

der Hauptabsicht des ganzen Gesetzes. v. Grolman §. 228. S. 391.

5) Clem. cit.: Interrogabit etiam partes, sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicumque hoc aequitas sua debit." — Gensler Comm. II. S. 47. Nro. 15. — Uebrigens kann dem Richter auch im ordentlichen Processe das Recht nicht abgesprochen werden, zu jeder Zeit Fragen an die Parteyen zu stellen, welche ihm zur Aufklärung der Sache nothwendig zu seyn scheinen. c. 10. X. 2 22. (De fide instrum.) Linde Lehrb. §. 220.

6) Clem. cit. „Verum quia juxta petitionis formam pronunciatio sequi debet."

7) Ibid. „Non sic tamen judex lites abbreviet, quin defensiones legitimae admittantur." — Nur bey weniger bedeutenden processualischen Incidentsachen, z B. bey Fristverlängerungsgesuchen wird davon eine Ausnahme gemacht.

8) Clem. cit. „actis tamen continuo (Ut super

II. eine Veränderung der Ordnung, in welcher die Hauptabschnitte des ordentlichen Processes aufeinanderfolgen, in der Absicht des angeführten Gesetzes [9]). Auch hier folgt also auf das erste Verfahren das Beweisverfahren, sodann das Urtheil, — wogegen alle gewöhnlichen Rechtsmittel gebraucht werden können [10]), — und endlich nöthigenfalls die Execution. — Abgesehen von dem Einflusse der vorhin (nro. I.) aufgezählten allgemeinen Beschleunigungsmittel findet sich in den einzelnen Abschnitten wenig Abweichendes. A. Im ersten Verfahren wird auf die gehörig [11]) eingerichtete Klage die Ladung des

---

quibus positiones et articuli formari debeant possit haberi plenior certitudo et ut fiat definitio clarior) inferenda."

[9]) Aus der Ordnung, in welcher die einzelnen Bestimmungen in der Clem. 2. De V. S. aufeinander folgen, ergibt sich unstreitig, daß der Pabst das regelmäßige Verfahren in der Succession seiner Hauptpartieen beybehalten wollte. Gerade hierin scheint das richtige Unterscheidungsmerkmal zwischen bestimmten und unbestimmten summarischen Processen zu liegen. S. oben §. 5.

[10]) v. Grolman §. 230. a. E. — Gensler Comm. II. S. 46. Nro. 11. — Nur bey provisorischen Verfügungen kann zuweilen der Suspensiveffect abgeschlagen werden.

[11]) Denn, wenn es der Klage an den wesentlichen Erfordernissen mangelt, so erfolgt hier, wie im ordentlichen Processe die Zurückweisung in der Form, welche der jedesmaligen Beschaffenheit des Mangels entspricht.

Beklagten verfügt [12]); dieser muß sich bestimmt und deutlich über die Wahrheit oder Unwahrheit der von dem Kläger behaupteten Thatsachen erklären (Einlassung, Litiscontestation [13])), kann aber auch alle [14]), ihm zu Gebote stehenden Einreden, dilatorische [15]), wie peremtorische vor=

---

[12]) Clem. cit. „Citationem vero per commissionem hujusmodi intelligimus non excludi." — Vergl. Gensler Comm. II. S. 42. Nro, 5. Mittermaier a. a. O. S. 87.

[13]) In der Clem. cit. heißt es zwar: „litis contestationem non postulet;" allein damals war die Litiscontestation nicht, was wir seit dem J. R. A. so zu nennen pflegen, — eine bestimmte und deutliche Antwort auf die Hauptbestandtheile des historischen Klagegrundes, — sondern ein genereller Ausdruck der Widersetzlichkeit, welcher dem Richter keine nähere Aufklärung über den Streitpunct gewähren und folglich ohne Nachtheil für die Instruction wegbleiben konnte. — J. H. Boehmer J. E. P. lib. II. Tit. 5. §. 5. — Linde Lehrb. §. 331. not. 6. — Heffter Inst. S. 419. Nro. 2.

[14]) S. oben not. 7.

[15]) Wenn in der Clem. cit. bemerkt wird „judex litem quanto poterit, faciat breviorem, exceptiones appellationes dilatorias et frustratorias repellendo," so ist der Sinn dieser Bemerkung schwerlich ein anderer, als daß der Richter offenbar unerhebliche und nur auf Verzögerung der Sache berechnete Einwendungen sogleich verwerfen soll. — Mittermaier a. a. O. S. 90. v. Gönner Handb. Bd. IV. S. 39, — obwohl auch die Zuläßigkeit dilatorischer Einreden

schützen, und zwar ohne Unterschied, sie mögen schon liquid seyn oder nicht; — hierauf kann es noch zur Replic, und Duplic, ja, in so fern es zur vollständigen Ausmittlung der Streitfrage nothwendig seyn sollte, selbst zu weiteren Vorträgen kommen [16]), nach deren Schluße entweder definitiv, oder, wenn in facto noch etwas streitig ist, — nach den allgemeinen Grundsätzen auf Beweis erkannt wird. — B) Der Beweis kann durch alle gewöhnlichen Mittel geführt werden [17]). Auch die Form des Verfahrens ist im

---

anerkennend, — glaubt zwar, daß die Clem. seiner Ansicht wirklich entgegenstehe, und sucht daher dieselbe in diesem Puncte als unanwendbar darzustellen; allein der Grund, welchen er dafür angiebt, ist nicht befriedigend. — Vergl. das viel frühere c. 4. X. 2. 25. (De except. v. Innocentius III.)

[16]) Nur dann, wenn in der Vertheidigung des Beklagten kein neuer Gegenangriff vorkommt, kann das erste Verfahren jetzt schon geschlossen werden. Außerdem ist eine weitere Vernehmung des Klägers hier eben so unerläßlich, wie im ordentlichen Processe. v. Grolman §. 228. S. 390.

[17]) Clem. cit. „Non sic tamen judex litem abbreviet, quin probationes necessariae admittantur." Bloße Bescheinigung ist im summarischen Processe eben so wenig hinreichend, wie im ordentlichen. Nur bey processualischen Incidentsachen wird nicht selten eine Ausnahme gemacht. — Vergl. Gönner Erört. XLI. Gensler Comm. II. S. 46 nro. 9. — Mittermaier S. 97. Besonders W. H. Puchta in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc.

Wesentlichen dieselbe, wie im ordentlichen Processe[18]). Nur werden häufig bey der Antretung des Zeugbeweises keine Artikel aufgestellt[19]), und die Verfertigung eines Zeugenrotulus unterbleibt[20]). Die Gelegenheit, Beweiseinreden vorzubringen, darf aber dem Producten auf keinen Fall entzogen werden[21]), und eben deswegen kann auch das

---

Bd. I. Heft 2. S. 293 flg. Ueber die Worte der Clem. „testium superfluam multitudinem refraenando," s. Mittermaier S. 101 flg.

[18]) S. Gensler a. a. O. S. 44 nro. 8. — Die Vorschrift der Clem., daß der Richter einen Termin zur Production aller Beweismittel festsetzen soll, kann jetzt nicht mehr als eine Eigenthümlichkeit des summarischen Processes angesehen werden, indem Dasselbe auch im ordentlichen Processe geschieht.

[19]) Die Clem. gestattet zwar aus Rücksicht auf das Herkommen den Gebrauch der Beweisartikel, so wie der Positionen auch im summarischen Verfahren; — allein geboten sind sie auch hier nicht. Seit dem J. R. A. §. 34. kann übrigens die Unterlassung der Artikel im summarischen Processe auf keinen Fall mehr ein Bedenken erregen, da sie selbst im ordentlichen Processe nicht schlechthin nothwendig sind. — Vergl. Mittermaier im Arch. für die civ. Prax. Bd. V. Heft 2. S. 179 fg.

[20]) Denn der Zeugenrotulus ist ja nicht einmal im ordentlichen Verfahren wesentlich.

[21]) Beweiseinreden sind eben sowohl defensiones legitimae," als Einreden gegen die Klage. — Aus demsel-

Haupt= und Schlußverfahren nur dann wegbleiben, wenn keine Einrede dieser Art mehr zu erwarten ist, sondern die Impugnation und Salvation nur rechtliche Deductionen enthalten könnte [22]. — C. Die Urtheile im unbestimmt summarischen Processe werden häufig nur in der Form von Protocollarbescheiden ertheilt [23].

§. 50.

III. Einzelne Fälle in welchen das unbestimmt summarische Verfahren Statt findet.

Da das unbestimmte summarische Verfahren in allen Fällen, welche sich zu demselben eignen, in den Haupt=

---

den Grunde darf auch in dem Falle, wenn der Producent Beweisartikel gestellt hat, dem Producten das Recht nicht entzogen werden, Interrogatorien beyzubringen. — Gensler S. 45. — Mittermaier S. 100. — Linde Lehrb. §. 332. lit. c.

22) Arg. Clem. „advocatorum et procuratorum contentiones et jurgia refraenando,“ — v. Grolman §. 229. S. 393. — Mittermaier S. 103.

23) Gensler Comm. II. S. 44. — Ein förmlicher Actenschluß ist schon in der Clem. für unnöthig erklärt; eben so die damals üblichen Formalitäten bey der Publication des Urtheils. Schriftlich mußte aber das Erkenntniß immer abgefaßt werden.

zügen [1]) immer das nämliche bleibt, so ist zwar in dieser Hinsicht kein Grund vorhanden, einige jener Fälle noch besonders hervorzuheben; — allein theils wegen der eigenthümlichen Voraussetzungen, unter welchen sie Statt finden [2]), theils wegen ihres Verhältnisses zu anderen Streitsachen [3]) verdienen gewisse unbestimmt summarische Processe ausgezeichnet zu werden, und zwar vorzugsweise der Provocationsproceß, die verschiedenen Arten des possessorischen Processes und der Rechnungsproceß.

§. 51.

A Provocationsproceß.

Einleitung.

Der Grundsatz, daß es keinen Zwang znm Klagen gibt, hat den doppelten Sinn, a) daß, wenn Jemand sein Recht gänzlich aufgeben will, ihn Niemand daran hindern

---

[1] Einzelne Abweichungen kommen zwar allerdings hie und da vor, z. B. daß der Implorant den Grund seiner Klage sogleich bescheinigen muß u. dgl.; allein sie sind nicht erheblich genug. um die einzelnen Processe, bey welchen sie Statt finden, deshalb besonders auszuzeichnen. — v. Grolman §. 226. not. 1. und §. 228. not. — Mühlenbruch Entw. §. 564.

[2]) Aus diesem Grunde verdient z. B. vorzüglich der Provocationsproceß uud das s. g. possess. summar. besonders erörtert zu werden.

[3]) z. B. des possessor zum petitor.

kann, und b) daß ein Berechtigter nicht einmal genöthiget werden kann, seinen Anspruch früher zu verfolgen, als es ihm beliebt [1]). In der ersten Bedeutung genommen leidet jener Grundsatz gar keine Ausnahme; — wohl aber in der zweyten, indem zuweilen der R i c h t e r Jemanden unter Androhung eines bestimmten Nachtheiles zur Geltendmachung seiner Ansprüche auffordern kann [2]), zuweilen auch e i n e r P a r t e y gegen d i e andere dieses Aufforderungsrecht zusteht. Dem g e w ö h n l i c h e n Sprachgebrauche zufolge würde nun zwar das Wort „P r o v o c a t i o n" auf beyde Ausnahmsfälle passen; — allein der processualische Sprachgebrauch beschränkt diesen Ausdruck nur auf den Fall, wenn eine Partey die andere zur gerichtlichen Einschreitung auffordert [3]).

Solcher Provocationen im engeren Sinne kommen aber im gemeinen teutschen Rechte zwey vor, nämlich die p r o v o c a t i o e x l e g e : D i f f a m a r i und die prov. ex l. S i c o n t e n d a t, welche nicht durchgehends auf denselben Grundsätzen beruhen, und daher gesondert dargestellt werden müssen.

---

[1]) Nur durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Klagenverjährung ist in dieser Hinsicht der Willkür des Berechtigten eine Gränze gesetzt.

[2]) Namentlich ist Dieses der Fall im Concursprocesse.

[3]) Für richterliche Aufforderungen ad agendum werden die Ausdrücke „Adcitation" und „Edictalcitation" gebraucht.

§. 52.

I. Von der prov. ex lege: Diffamari insbesondere.

a) Begriff und Ursprung dieses Rechtsmittels.

Wenn sich Jemand nachtheilige Aeußerungen gegen einen Andern erlaubt, ohne ihn jedoch gerichtlich deshalb anzugreifen, — so wird bey diesem, — falls er sich nicht schuldig weiß, — der natürliche Wunsch entstehen, daß sein Gegner lieber sogleich gerichtlich wider ihn auftreten möchte, um sich durch die Enthüllung der Grundlosigkeit jener nachtheiligen Behauptungen Ruhe und eine Art von Genugthuung verschaffen zu können. Dieser Wunsch ist um so natürlicher, je mehreren Menschen die nachtheilige Aeußerung bekannt geworden ist. — Hierauf beruht nun die s. g. provocatio ex lege: Diffamari, welche im Allgemeinen darin besteht, daß der Diffamirte den Diffamanten durch die Obrigkeit auffordern läßt, binnen einer bestimmten Frist sub poena perpetui silentii mit seinen Ansprüchen und Behauptungen gerichtlich aufzutreten. — Die Glossatoren haben schon in einer Stelle des Röm. Rechts den gesetzlichen Grund dieser Provocation zu finden geglaubt, und daher dieselbe auch nach den Anfangsworten dieser Stelle benannt [1]). Dieß war nun freylich ein Irrthum [2]); allein theils das Ansehen der Glosse, theils die

---

[1]) Nämlich in der c. 5. C. 7. 14. (De ingenuis manumissis) von Diocletian und Maximinian, welche mit den Worten anfängt: „Diffamari statum ingenuorum.“ Vergl. die Glosse zu dieser Stelle.

[2]) Denn in der Constitution wird nicht gesagt, daß der in-

natürlichen Gründe, welche für diese Provocation sprechen, haben ihr in der teutschen Praxis allenthalben Eingang verschafft [3]), und selbst die teutschen Reichsgesetze von der ersten Hälfte des 16ten Jahrhunderts angefangen bis zum J. R. A. herab haben dieselbe mehrmal ausdrücklich bestätiget [4]).

§ 53.

b) Fälle, in welchen diese Provocation Statt findet.

Wäre man bey der c. 5. C. De ingen. manum., — welche man doch einmal für den Sitz der ganzen Lehre

---

genuus den Diffamanten zur Anstellung einer Klage aufgefordert, sondern vielmehr, daß er selbst die Präjudicialklage wegen der Ingenuität gegen den Diffamanten angestellt habe, dieser aber ungeachtet wiederholter Ladungen ausgeblieben sey. Offenbar ist daher hier von einem Contumacialverfahren, und nicht von einer Provocation die Rede. C. F. G. Meister De falsa probat. process. provocat. ex jure Rom. in opusc. Syllog. 1. D. 2. Glück Comm. VI. S. 484 flg.

[3]) Mittermaier der g. d. Pr. Beytr. IV. S. 167. flg.

[4]) R. A. v. 1530. §. 93. — C. G. Reform. 1531. §. 35. — R. A. v. 1532. Art. 3. §. 2. — Landfr. v. 1548. Art. 14 §. 8. — C. G. O. v. 1555 p. II. Tit. 10. §. 9. und II. Tit. 25. — Conc. der C. G. O. Th. II. Tit. 11. §. 12. und Th. II. Tit. 27. J. R. A. §. 83. Vergl. Pütter nov. epit. §. 127. sq.

hielt, — stehen geblieben, so würde die provoc exl. Diff. nur dann als zuläßig erscheinen, wenn sich Jemand über den persönlichen status eines Andern auf eine nachtheilige Art [1]), und zwar entweder öffentlich, oder doch vor mehreren Personen geäussert hätte [2]). Ja selbst diese Anwendung würde schon auf einer analogen Ausdehnung beruhen, weil die c. 5. zunächst und ausdrücklich gar nur von dem Falle spricht, wo der status ingenuitatis durch eine Diffamation angegriffen ward. Allein schon die ältesten Schriftsteller räumten der Provocation einen viel größeren Umfang ein [3]). Ohne zu unterscheiden, ob sich

---

[1]) Denn, wenn auch der Ausdruck, „diffamare" zuweilen im guten Sinne gebraucht wurde, so war doch die entgegengesetzte Bedeutung die gewöhnlichere, und in dem Zusammenhange, in welchem das Wort in der c. 5. C. De ing. manum. vorkommt, kann es schlechterdings nur von einer üblen Nachrede verstanden werden. Brisson. De V. S. voc. Diffamare. — Dieß ist auch nie bezweifelt worden. S. z. B. schon Bartol. Blarer in leg. Diffamari G. etc. Basil. 1563. fol. cap. I. Nro. 2. „Diffamatio in malam partem accipitur."

[2]) Das Verbreiten, — unter die Leute bringen, — ist gerade das Wesentliche der Wortbedeutung von Diffamatio.

[3]) Schon die Glossatoren haben von der c. 5. cit. einen sehr freien Gebrauch gemacht, und sich auf dieselbe sogar in einem solchen Falle berufen, in welchem nicht einmal eine Diffamation vorkam. S. Gloss. ad c. un. C. 3. 7. (Ut nemo invitus etc.) „Sed solet quaeri etc.

die Diffamation auf den persönlichen status, oder auf die Vermögensverhältnisse des Diffamirten beziehe, ließen sie die Provocation jedesmal zu, so oft sich Jemand eines klagbaren Anspruches gegen einen Andern gerühmt hatte [4]). Nicht einmal mit dem in dem Begriffe der Diffamation liegenden Merkmale der Verbreitung wurde es genau genommen [5]), und die spätern Praktiker gingen in dieser Hinsicht so weit, daß sie es für hinreichend erklärten, wenn sich Jemand auch nur unter vier Augen, oder in einem Briefe ein Recht oder eine Forderung anmaßte [6]). — Bey dieser Ausdehnung des Rechtsmittels konnte es an vielfachen Mißbräuchen nicht fehlen. Wirklich führten auch die Stände auf dem Reichstage zu Augsburg im Jahre 1530 deshalb Klage, und es wurde den Commissarien der Auf-

---

[4]) Blarer l. c. cap. I. Nro. 13. und cap. II. — R. Maranta spec. aur. p. IV. Dist 21. Nro. 1. et 2. „Si aliquis diffamaverit, se habere aliquod jus super bonis meis.“ — Gaill. Obs. lib. I. Obs. 9. Nro. 2. — Joach. Mynsinger Obs. Cent. V. Obs. 81. — H. Vulteji Tractat. De jud. l. l. c. 5. Nro. 25.

[5]) Schon Blarer sagt, mit Beziehung auf Baldus, „vel vulgo, vel in coetu, vel coram pluribus, vel etiam coram paucis.“ — Eben so Maranta a. a. O.

[6]) Leyser Med. spec. 81. med. 2., welcher zwar selbst das Widerstreben des Sprachgebrauches anerkennt, aber mit dem Bemerken: „sed usus hoc diu immutavit.“ — Glück Comm. Bd. VI. S. 485. Nro. I. — Weber Beytr. zur Lehre v. Kl. und Einr. S. 29.

trag ertheilt, die Beschwerden zu untersuchen und denselben abzuhelfen [7]). Allein, weder was in der C. G. Reform. von 1531 [8]), noch was ein Jahr später in dem Reichsabschiede von 1532 [9]) über den Gebrauch der lex Diffamari bestimmt wurde, war zu einer Abhülfe vollkommen geeignet. Abgesehen von den Vorschriften über die Competenzverhältnisse des Reichscammergerichts, so wie über die Nothwendigkeit einer vorläufigen causae cognitio, (welche nicht unmittelbar hieher gehören) — wurde nämlich in dem R. A. von 1532 nur verordnet „die lex Diffamari soll an dem Cammergerichte gebraucht werden in friedbrüchigen, Schmach und andern Sachen." Dieser Zusatz ließ aber immer auch einer willkürlichen Auslegung freyen Spielraum [10]). Die C. G. O. von 1555 kam zwar neuerdings auf diesen Gegenstand zurück, und gab die Absicht, dem Gebrauche der Provocationen Schranken zu setzen etwas deutlicher zu erkennen [11]);

---

7) R. A. v. 1530. §. 93.

8) §. 35. „Daß Cammerrichter und Beysitzer nun hinfürter keinen Proceß ex lege Diffamari anders, dann aus Grund des gemeinen Rechten und cum aliqua causae cognitione solcher Diffamation halben erkennen oder ausgehen lassen sollen."

9) Art. III. §. 2.

10) Blarer l. c. l. Nro. 26., „propter generalem illam clausulam, quam Imperator adjecit: et aliis causis."

11) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 25. „Demnach setzen

aber bestimmt genug war doch auch diese Vorschrift nicht [12]), und noch weniger läßt sich eine solche Bestimmtheit in der neuesten Verordnung des J. R. A. über diesen Punct entdecken [13]). Bey diesem Mangel klarer Normen, und da

---

und ordnen wir, daß lex Diffamari an dem Cammergericht verstanden und gebraucht werden soll in friedbrüchigen, Schmach und anderen dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis, oder in andere Wege dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung geschehen." — Die im Drucke ausgezeichneten Worte kommen in dem R. A. von 1532 noch nicht vor.

[12]) Die meisten Cameralschriftsteller kamen zwar darin überein, daß bey dem Reichscammergerichte nicht wegen jeder Diffamation, sondern nur „in causis fractae pacis, atrocium injuriarum, et similibus, quarum exitus ad turbationem pacis publicae et scandalum spectare posset" Processe erkannt werden sollen; — Gaill Obs. Lib. I. cap. 9. nro. 1 et cap. 10. nro. 1. 5 et 6. — Mynsinger Obs. Cent. V. obs. 81. — Blumen Proc. cam. Tit. 36. §. 14 et 15. — Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 168. — allein es fehlte doch auch nicht an Rechtslehrern, welche sich auf die Worte der C. G. O. „dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung" beriefen, um zu beweisen, daß das remedium ex l. Diffamari latissimum et amplissimum sey z. B. B. v. Kreitmayr in den annot. zum Cod. jud. bav. Cap. 4. §. 5. lit. c.

[13]) Denn in §. 83. ist verordnet „es soll bey dem Ge=

überdieß noch die Meinung herrschte, daß sich die verbindende Kraft der angeführten Reichsgesetze auf die Territorialgerichte gar nicht erstrecke [14]), blieb die prov. ex lege: Diff. in der gemeinen teutschen Praxis fortwährend in ihrem alten Umfange stehen; und so wird auch jetzt noch einstimmig gelehrt, daß dieselbe gegen Jeden zuläßig sey, welcher aus was immer für einem Grunde ein Klagerecht gegen einen Andern behauptet. — Nur muß die Provocation gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet werden [15]), und der Diffamant darf sich nicht etwa selbst in dem Besitze derjenigen Sache befinden, auf welche er sich ein Recht anmaßt, weil der Besitz in der Regel von dem Beweise des Rechtstitels befreyt, die Provocation aber diese Beweislast auf den Provocaten wälzen würde [16]). — Ob die Provocation auch dann Statt finde, wenn sich Jemand einer Forderung sub die oder sub conditione

---

brauche der lex Diffam., die Disposition sowohl der gemeinen Rechte als der Reichssatzungen in gute Obacht genommen werden." — nach gemeinem Rechte wurde aber die ausgedehnte Anwendbarkeit dieser Provocation allgemein anerkannt. — Vergl. die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller.

14) Blarer l. c. cap. I. nro. 28. 29.

15) J. R. A. §. 83

16) Schaumburg Princ. prax. lib. II. c. 6. §. 4. not. **** — Leyser Med. spec. 81. med. 10. Glück Comm. Bd. VI. S. 490. nro. III.

rühmt, ist zwar bestritten; allein consequent sollte man sie auch in diesem Falle zulassen [17].

---

[17]) Denn die prov. ex lege: Diff. wird gewöhnlich überhaupt als ein Mittel anerkannt, um nachtheiligen Gerüchten Einhalt zu thun; die Behauptung aber, daß man von Jemanden sub die oder cond. etwas zu fordern habe, kann nach Umständen auf Credit und Ehre desselben allerdings auch nachtheilig einwirken. — Von selbst versteht sich jedoch bey einer Provocation dieser Art, daß, — obwohl der Provocant der wirklich angestellten Hauptklage die Einrede des Zufrühforderns nicht entgegensetzen kann, weil er selbst durch die Provocation zur Anstellung derselben Veranlassung gab, — doch der Provocat, auch wenn er in der Hauptsache gewinnt, nicht vor dem Eintritte der Zeit oder der Bedingung auf Execution dringen darf, indem er sich in dem Vortrage seiner Klage selbst nur ein jus futurum zugeschrieben hatte, und in der Provocation nur ein Verzicht auf das Späterstreiten, nicht auf das Späterzahlen enthalten ist. — Allerdings entsteht auf solche Art durch die Provocation vorläufig nur ein Proceß über die Anerkennung eines Rechtes; ja bey bedingten Ansprüchen kann sich sogar der ganze Streit, wenn auch der Provocat in der Hauptsache siegt, hinterher als unnütz darstellen, in so fern nämlich die Bedingung gar nicht eintritt; — allein hierin scheinen noch keine hinreichenden Gründe zu liegen, die Provocation für unzuläßig zu erklären; denn die Durchführung eines Rechtsstreites ist deshalb nicht schlechterdings untersagt, weil vorauszusehen ist, daß die Execution des Urtheils noch in suspenso bleiben muß; (arg. fr. 40. D. 9. 2. ad

§. 54.

Fortsetzung.

Eine sehr bestrittene Frage ist auch die, ob die prov. ex lege: Diff auch in dem Falle gebraucht werden könne, wenn sich Jemand injuriöse, oder sonst nachtheilige Aeußerungen gegen einen Andern erlaubt, ohne sich dabey selbst einen klagbaren Anspruch gegen den Diffamaten zuzuschreiben? — Die ältere Praxis,[1]) gestützt auf die Worte der Reichsgesetze,[2]) war

---

Leg. Aquil.) was aber die Möglichkeit einer ganz nutzlosen Proceßführung bey bedingten Ansprüchen betrifft, so hat der Provocat den Anspruch auf Kostenersatz welchen der Provocant auch dann zu leisten schuldig ist, wenn auch nachher die Bedingung wirklich nicht eintritt. — Die entgegengesetzte Meinung vertheidigen Kori Theor. der sächs. summ. Proc. Jena 1823. §. 137 not. 5. — Linde Lehrb. §. 336 not. 15. — Mittermaier der gem. t. Pr. Beytr. IV. S. 178. — Für die Zuläßigkeit der Provocation in diesem Falle sind jedoch Schaumburg l. c. lib. II c. 6. §. 4. not ** — Süptitz Lehrb. §. 13. nro. 2. — Glück Comm. Bd. VI. S. 490. — Martin §. 255 not. K.

[1]) Blarer l. c. Cap. V. nro. 76 et 77. — Mev. Dec. l. 144. — Hommel Rhaps. obs. 635.

[2]) R. A. v. 1532. Tit. III. §. 2. „Demnach setzen, ordnen und wollen wir, daß der lex diffamari an unserm Cammergericht verstanden und gebraucht werden soll, in friedbrüchigen, Schmach und andern Sachen

für die Bejahung derselben, obwohl das Unzweckmäßige dieser Ausdehnung nicht unbemerkt blieb; [3]) und auch einige neue Proceßlehrer nehmen diese Ansicht noch in Schutz. [4]) Da sich jedoch aus dem Zusammenhange der hieher gehörigen Stelle der C. G. O. ganz unzweydeutig ergibt, daß unter dieser Aufforderung immer eine provocatio ad agendum gedacht wurde, [5]) wegen bloßer Injurien aber nur eine prov. ad probandum möglich wäre, so verdient gewiß die Meinung den Vor-

---

u. s. w." — C. G. O. 1555. Tit. XXV. „in friedbrüchigen, Schmach u. andern dergleichen Sachen, in denen solche Diffamation gefährlicher, betrüglicher Weis, oder in andere Wege dem andern Theil zu Nachtheil und Beschwerung beschehen." — Vergl. Hommel l. c.

[3]) S. z. B. Mev. Dec. I. 144. — Schaumburg Princ. lib. II. cap. VI. §. 4. not. ******

[4]) Weber Beytr. zu der Lehre v. Kl. u. Einr. S. 28. — Martin Lehrb. §. 256 not. a. — Gensler Comm. II. S. 82. nro. 2. u. S. 87 lit. c. — Süptitz Lehrb. S. 19. — Schweizer über den Prov. proc. S. 24.

[5]) C. G. O. a. a. O. „auch nit anders, dann so die ansuchende Partey (also der Provocant) die in der Hauptsach Antwurter" (folglich wird auf Seite des Provocaten eine Klage vorausgesetzt). — Ferner: „es soll dem Diffamanten ein genannte Zeit, seine Klag fürzubringen angesetzt werden." — Vergl. darüber besonders Mittermaier a. a. O. S. 173 flg.

zug, daß wegen beleidigender [6]) Aeusserungen ohne Anmassung eines Klagerechts die provocatio ex lege: Diff. nicht Statt finde, [7]) um so mehr, als beynahe immer der beabsichtigte Zweck dabey verfehlt wird. [8])

---

[6]) Denn daß auch wegen nachtheiliger Ausstreuungen, welche nicht einmal eine wahre Injurie enthalten, eine Provocation zuläßig seyn soll, ist schon aus andern Gründen nicht zu rechtfertigen. S. Morstadt zu Henslers Comm. II. S. 82. not. *

[7]) Thibaut Pand. §. 1215. — Glück Comm. VI. S. 486. — Mittermaier a. a. O. — Linde Lehrb. §. 337.

[8]) S. bes. Mittermaier S. 175 flg. — Läßt man übrigens nach der älteren Ansicht die Provocation auch wegen bloßer Injurien zu, so nimmt sie gewissermassen die Natur einer eigenen Hauptklage an, welche in so fern die Stelle der Injurienklage vertritt, als doch auch die Beschämung des Diffamanten durch die Auflage des ewigen Stillschweigens eine Art von Genugthuung für den Beleidigten ist. — Eben deswegen soll aber auch nach dem Diffamationsprocesse die eigentliche Injurienklage nicht mehr zugelassen werden, so wenig, als die ac. injur. aestim. nach einem Injurienprocesse auf Widerruf. — Die gewöhnliche Meinung gestattet jedoch nicht nur die Anstellung der actio injur. nach geschehener Auflage der poena perpet. sil., sondern findet sogar in dem Provocationsprocesse eine zweckmäßige Vorbereitung zum Injurienprocesse. — Weber Beytr. zur Lehre von ger. Kl. und Einr. S. 33. Vergl. Sclaumburg c. l. lib. II. c. 6. §. 4. not. ******

§. 55.

c) Gericht, bey welchem die Provocation anzubringen ist.

Da der Provocationsproceß die Erörterung und Entscheidung einer für sich bestehenden Streitfrage zum Gegenstande hat, [1]) in Ansehung welcher der Diffamat als angreifender, der Diffamant als angegriffener Theil erscheint, und da der Zusammenhang dieser Streitfrage mit dem künftigen Hauptprocesse nicht von der Art ist, daß der Richter, um den letzteren füglich entscheiden zu können, auch die erste entschieden haben müßte [2]) so

---

in fin. Ja selbst die Cumulation der Provocation mit der Injurienklage hat einen Vertheidiger gefunden. — Quistorp Rechtl. Bemerk. Thl. II. Bemerk. 61

[1]) Der Frage nämlich, ob der Diffamant schuldig sey, mit seiner Hauptklage jetzt schon sub poena perpet. sil. aufzutreten.

[2]) Denn für die Instruction und Entscheidung der Hauptsache ist es ganz gleichgültig, ob die Klage aus eigenem Antriebe, oder in Folge einer vorausgegangenen Provocation angestellt wurde. — Nur den Vortheil gewährte die Verhandlung beyder Sachen vor demselben Gerichte daß, — wenn etwa der Provocat, ungeachtet des ihm aufgelegten Stillschweigens doch mit der Hauptklage auftreten würde, der Richter davon schon unterrichtet wäre. Allein dieser Grund ist nicht erheblich genug, um eine Abweichung von der allgemeinen Regel zu rechtfertigen. — Daß übrigens die Connexität beyder

sollte eigentlich nach der allgemeinen Regel die Provocation bey dem Forum des Diffamanten angebracht werden. [3]) — Allein die, freilich ganz falsche Ansicht, daß in der aussergerichtlichen Diffamation eine Aufforderung zur Vertheidigung liege, und daß daher der Provocant als Beklagter bey Gericht auftrete [4]), führte zu dem Satze, daß das Forum des Diffamanten für den Provocationsproceß das competente sey. [5]) Diese Ansicht ist auch von den Reichsgesetzen angenommen worden, [6]) und wird in der gemeinrechtlichen Praxis all-

---

Sachen nicht stark genug sey, um deshalb schlechterdings die Verhandlung derselben vor dem nämlichen Gerichte fordern zu können, erkennt die gewöhnliche Ansicht selbst an durch den Satz: Provocation wirkt keine Prävention. S. die Note 8.

[3]) Voet. Comm. lib. V. Tit. 1. §. 23.

[4]) Schon die ältesten Practiker vertheidigten diese Ansicht, z. B. mit Berufung auf Baldus der schon öfter angeführte Blarer c. 4. nro. 7. seq. — Mynsinger Obs. Cent. VI. obs. 90. „Diffamare est ad judicium vocare ideoque diffamatus dicitur reus jam provocatus ad causam.“

[5]) Die früherhin auch wohl vertheidigte Meinung, als ob für die Provocation jedes Gericht zuständig sey, hat gar keinen hinreichenden Grund für sich. — Schaumburg l. c. I. II. c. 6. §. 3. not. *** — Glück Comm. Bd. VI. S. 494.

[6]) C. G. O. 1555. Tit. 25. „Nicht anders dann so die ansuchende Partey (also der Diffamat) die in der

gemein befolgt [7]) — Wenn übrigens hinsichtlich der Hauptsache mehrere Gerichtsstände gegen den Diffamaten begründet sind, so verliert der Provocat durch die bey Einem dieser Gerichte angebrachte Provocation das Recht nicht, die Hauptklage bey einem andern anzustellen (die Provocation wirkt keine Prävention) [8]).

Hauptsache Antwurter, der kays. Maj. und dem Reich ohne Mittel unterworfen;" und a. E. „wo aber der Diffamat dem Reich nicht ohne Mittel unterworfen, soll an unserm C. G. wider den Diffamanten, unangesehen, was Obrigkeit derselb unterworfen, kein Proceß erkannt werden." — Auf das Forum des Diffamanten wurde also nicht Rücksicht genommen. — Pütter nov. epit. §. 129. — Glück Comm. Bd. VI. S. 493. — A. M. sind wegen §. 83 des J. R A. Linde Lehrb. §. 336 not. 10. — Gensler Comm. II. S. 89. nro. 2. — Morstadt Materialkrit. S. 306. nro. 2. Allein in dieser Stelle findet sich nicht nur keine „ausdrückliche" Erlaubniß, die Provocaten auch in dem persönlichen Gerichtsstande des Provocaten anzubringen, sondern diese Erlaubniß braucht auch zur Erklärung der Stelle nicht nothwendig vorausgesetzt zu werden. — Abw. ist auch Mittermaier a. a. O. S. 183.

7) Glück Comm. S. 493. not. 80.

8) Glück S. 494. u. die dort Angeführten. — Wenn man übrigens die prov. ex leg. Diff. auch wegen Verbalinjurien, oder wegen nachtheiliger Aeusserungen zuläßt, welche die Berühmung eines klagbaren Anspruches nicht enthalten, so muß man dieselbe an das per-

§. 56.

d. Von dem Beklagten.

Die Provocation ex lege Diff. kann immer nur gegen namentlich bezeichnete Personen,[1]) und nie gegen die Erben des Diffamanten als solche[2]) gebraucht werden. —

---

sönliche Forum des Diffamanten verweisen, weil hier das judicium diffamatorium nicht eine Vorbereitung zu einem Hauptprocesse seyn kann, in welchem der Provocant Beklagter wäre, folglich der Grund hinwegfällt, weshalb man sonst von der Regel abweicht. Vergl. oben §. 54. not. 8. — Gensler Comm. II. S. 69. nro. 1.

[1]) J. R. A. §. 83. „es wären denn die Diffamanten in specie namhaft gemacht." A. M. scheint zu seyn v. Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 73. §. 3. u. 13. S. aber dagegen Breidenbach im Arch. für civ. Prax. Bd. III. Hft. 3. S. 344. not. 25.

[2]) Denn haben sie selbst die Diffamation nicht fortgesetzt, so wäre es ungereimt, ihnen die poena perpet. sil. auflegen lassen zu wollen; — widrigenfalls werden sie aber nicht als Erben des Diffamanten, sondern selbst als Diffamanten provocirt. — Die Erben des Diffamaten können übrigens allerdings von dem Rechtsmittel Gebrauch machen, in so fern der Anspruch, dessen sich der Diffamant gegen ihren Erblasser rühmte, auch gegen sie als dessen Successoren gerichtlich verfolgt werden könnte. — Bey injuriösen

Ob dieselbe nur gegen den Urheber der Diffamation, oder auch gegen Solche Statt finde, welche die nachtheilige Aeußerung weiter verbreitet haben, ist eine Frage, die nur dann vorkommen kann, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß jenes Rechtsmittel auch wegen übler Nachreden zuläßig sey, welche mit der Berühmung eines eigenen Klagerechts nicht verbunden sind. [3]) In diesem Falle dürfte sie aber richtiger dahin zu beantworten seyn, daß nicht nur der Urheber, sondern auch der Verbreiter der üblen Nachrede provocirt werden könne, weil es sonst leicht wäre, den Erfolg des Rechtsmittels fast jedesmal zu vereiteln [4]).

Aeußerungen, — wenn man anders auch deshalb Provocationen gestattet, läßt sich der active Uebergang nur dann rechtfertigen, wenn die Diffamation erst nach dem Tode des Erblassers geschehen ist, und zugleich eine mittelbare Beleidigung des Erben selbst enthält. — Arg. Fr. 1. §. 4. u. 6. D. 47. 10. (De injur.) — Vergleiche über das Ganze Glück Comm. Bd. VI. S. 496. nro. VII. u. die dort Angef.

[3]) Denn erkennt man nur eine provocatio ad agendum als zuläßig an, so versteht sich von selbst, daß sie gegen Denjenigen nicht Statt findet, welcher nur erzählt, daß sich ein Anderer eines Anspruches gegen den Diffamaten gerühmt habe.

[4]) A. M. ist Mev. Dec. VI. 371.

§. 57.

e. Verfahren.

Der Vortrag der Provocation hat nichts Eigenthümliches, ausgenommen, daß der Provocant die Diffamation bescheinigen,[1]) und das Hauptgesuch dahin richten muß, den Provocaten zur Anstellung seiner Klage[2]) binnen einer gewissen Frist bei Vermeidung des immerwährenden Stillschweigens aufzufordern. — Wenn der Antrag nicht an sich schon als verwerflich erscheint, so wird diesem Gesuche, unter Mittheilung der Provocation an den Imploraten, gewöhnlich sogleich jetzt schon

---

[1]) C. G. O. von 1555. Th. II. Tit. 25. — J. R. A. §. 83. „es wäre denn die angegebene Diffamation noch vor der Ladung durch schriftliche, oder andere glaubliche Urkund und Anzeig etlicher Massen beygebracht und erwiesen." — Beglaubigte Abschriften, und vor einem Notar aufgenommene Zeugenaussagen werden zur Herstellung dieser Bescheinigung jedenfalls für hinlänglich geachtet. — Die Zuschiebung des Haupteides hält man aber für unstatthaft, weil die Bescheinigung schon vor der Ladung beygebracht seyn soll. — Vergl. hierüber Glück Comm. Bd. VI. S. 491 nro. IV. — Mittermaier S. 184.

[2]) Wenn man auch Provocationen wegen Injurien, oder wegen übler Nachreden ohne Anmassung eines Klagerechts zuläßt, so kann das Gesuch nur darauf gerichtet werden, den Provocaten sub poena perpetui silentii zum Beweise aufzufordern.

entsprochen. [3]) Zweckmäßiger aber ist es [4]), dem Provocaten die Schrift vorläufig nur zur Abgabe seiner Erklärung binnen einer bestimmten Frist mitzutheilen, [5]) und dem Provocanten davon Nachricht zu geben. Nach der Verschiedenheit des Erfolges richtet sich sodann das weitere Verfahren. — Stellt A) der Provocat die Hauptklage wirklich an, [6]) so hat der Provocationsproceß ein Ende, und es beginnt ein neues Verfahren, [7]) wel-

---

[3]) Danz Grds. der summ. Proc. §. 25. —

[4]) Denn, wenn der Implorat die Diffamation widerspricht, oder die Zuläßigkeit der Provocation bestreitet, so muß doch die Verhängung der angedrohten poena perp. sil. verschoben werden. — S. J. B. Reingruber Abh. Landshut 1814. S. 206. — Mittermaier S. 184 — Linde §. 337. not. 6. — In bedingter Mandatsform kann übrigens allerdings die peremtorische Aufforderung ad agend. mit der zur Abgabe der Erklärung über die Provocation verbunden werden, in so fern hier gewöhnlich die Erfordernisse des bedingten Mandatsprocesses vorhanden sind. S. oben §. 16. — Martin §. 256. not. f.

[5]) Die Beifügung des Präjudizes, daß sonst die Behauptung des Provocanten als wahr angenommen werden würde, ist allerdings zu empfehlen. — Mittermaier S. 184. not. 56. — Linde §. 337. nro. 3.

[6]) Sollte er sich hiezu nur erbieten, so müßte ihm eine Frist sub poena perpet. sil. anberaumt werden.

[7]) Bey Provocationen wegen Injurien oder übler Nachreden ohne Anmaßung eines Klagerechts läßt sich jedoch

ches nach Beschaffenheit der Sache bald ein summarisches, bald das ordentliche seyn kann. — B) Läßt er die vorgeschriebene Frist verstreichen, ohne die Hauptklage anzubringen, und ohne auf die Provocation zu antworten, so wird ihm auf Antrag des Imploranten eine Zeit zur Anstellung der Hauptklage festgesetzt, unter Androhung der poena perpet. silent., welche nach dem fruchtlosen Ablaufe dieser Zeit, und auf vorhergegangene Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des Provocanten in einem förmlichen Erkenntnisse ausgesprochen wird. [8]) — C. Läugnet der Provocat binnen der anberaumten Erklärungsfrist die ihm zur Schuld gelegte Diffamation, oder bestreitet er die Zuläßigkeit der Provocation, [9]) so wird hierüber auf die geeignete Art [10]) verhandelt, und nach

---

Dieses eigentlich nicht behaupten, weil kein Rechtsstreit möglich ist, der bloß aus einer Beweisführung ohne Klage bestände.

[8]) Die Wirkung der förmlich erkannten poena perpet. sil. besteht bey der prov. ad agendum in dem gänzlichen Verluste des Klagerechts, sammt allen accessorischen Rechten. — Leyser Med. spec. 81. med. 8. — Bey bloßen Provoc. ad probandum wegen Injurien, — wenn sie anders zuläßig wären, — würde es zweckmäßig seyn, sogleich in dem Urtheile schon auf den Contraventionsfall eine angemessene Strafe anzudrohen.

[9]) z. B. weil er sich im Besitze der Sache befindet, auf welche er sich ein Recht zugeschrieben hat.

[10]) Wenn der Provocat die Diffamation läugnet, so muß

dem Resultate der Verhandlung entweder der Provocant zurückgewiesen, oder der Gegner sub poena perpetui silent. ad agendum binnen einer bestimmten Frist aufgefordert. [11])

---

dem Provocanten durch ein Interlocut der Beweis aufgelegt werden, daß sie geschehen sey. J. R. A. §. 83. — Schaumburg l. c. l. II. c. 6. §. 7. not. **

[11]) Bey bloßen Provocationen ad probandum wegen übler Nachreden würde auch noch die Frage zu beantworten seyn, wie es dann zu halten wäre, wenn der Provocat binnen der anberaumten Frist den Beweis seiner Behauptung angetreten, und denselben in der Folge auch vollständig geliefert hätte? — Hinsichtlich dieser Frage müßte, wie mir scheint, unterschieden werden, ob die Diffamation eine wahre Injurie enthielt oder nicht. In dem ersten Falle dürfte der Diffamant, ungeachtet des gelieferten Beweises der Wahrheit seiner Aeußerung doch kaum berechtiget seyn, die Injurie zu wiederholen, d. h. der Diffamat würde deswegen, weil er nur auf den Fall der Unerweislichkeit um Auflage der poena perp. sil. gebeten, doch von dem Gebrauche der Injurienklage nicht ausgeschlossen seyn, wenn der Provocat nachher die beleidigende Aeußerung neuerdings wiederholte. Denn wollte man das Gegentheil gelten lassen, so müßte man annehmen, daß aus einer Uebereinkunft, durch welche sich Jemand den Beschimpfungen eines Andern Preis gäbe, für diesen Letztern ein Recht entstehe, Jenen wirklich zu beschimpfen. Diese Annahme ist aber aus dem Grunde nicht zu rechtfertigen, weil Verträge über Handlungen contra bonos mores

§. 58.

2. Provocatio ex lege: Si contendat.

a) Begriff und Unterschied von der prov. ex l. Diff.

Die Provocatio ex lege: Si contendat findet dann Statt, wenn Jemand mit seiner Klage so lange zurückhält, daß zu besorgen steht, es möchte durch Veränderung der Umstände eine die Sache selbst betreffende Einrede wider jene Klage verloren gehen [1]). In diesem Falle kann

---

keine verbindende Kraft haben. — In dem letzten Falle dagegen würde der Diffamant die nachtheilige Behauptung, deren Wahrheit er erwiesen, allerdings wiederholen dürfen. Denn die poena perp. sil. stünde nicht im Wege, weil sie eben des gelieferten Beweises wegen nicht aufgelegt werden konnte, und ein gesetzliches Verbot wäre hier nicht vorhanden, weil vorausgesetzt wird, daß die Aeusserung den Character einer Injurie nicht an sich trägt. Vergl. c. 5. C. 9. 33. — Walter im neuen Archive des Crim. Rechts Bd. IV. St. 2. S. 184. — In diesen Beziehungen zeigt sich recht augenscheinlich das Unzweckmäßige der Provocation wegen bloßer Beleidigungen und nachtheiliger Behauptungen.

[1]) Man sollte freilich glauben, daß sich ein Fall dieser Art gar nicht ereignen könne, weil in der Regel die Exceptionen durch Verjährung nicht erlöschen. Allein diese Regel ist nicht ohne Ausnahme, und dann ist nicht bloß von dem Untergange der Einreden durch bloßen

nämlich der Verpflichtete den Berechtigten gerichtlich dazu auffordern, daß er entweder binnen einer bestimmten Frist klagend gegen ihn auftrete, oder gewärtige, daß er derjenigen Replic für verlustig erklärt werde, welche aus dem längern Aufschube der Klage und der Veränderung der Umstände gegen jene Einrede erwachsen könnte. — Hieraus ergibt sich von selbst, daß diese Provocation von der ex l. Diff. sowohl in Ansehung der Voraussetzungen [2]), als auch des Zweckes [3]) und der Folgen des

---

Zeitablauf, sondern auch durch Veränderung der Umstände die Rede. S. die ebenso klar und zweckmäßig, als vollständig und gewissenhaft gearbeitete Abhandlung von Dr. Adolph Martin, über den Begriff und die Begründung der s. g. prov. ex lege: Si cont. im Magazin für den gem. t. bürg. Proc. von Chr. Martin und Walch I. Bd. Hft. 3. S. 325. lit. a.

[2]) Denn die prov. ex leg. Diff. setzt eine Diffamation voraus; bey der prov. ex leg. Si cont. aber ist es nicht nothwendig, daß sich der Provocat seines Anspruches rühmte.

[3]) Die prov. ex leg. Diff. kann wenigstens nach der Meinung einiger Proceßlehrer nicht bloß eine Aufforderung ad agendum, sondern auch ad probandum seyn (bey Injurien nämlich); die prov. ex leg. Si contendat dagegen läßt sich schon nach der Absicht, welche dem Gebrauche derselben zu Grunde liegt, — Erhaltung einer Einrede, — nur als prov. ad agendum denken. — Die Vorstellung, als wäre sie eine Aufforderung ad replicandum, ist durchaus falsch. Denn in der Hauptsache existirt ja zur Zeit, wo die Provoca=

Ungehorsams des Provocaten [4]) wesentlich verschieden ist.

§. 59.

b) Ursprung dieser Provocation.

Auch für diese Provocation wollten die Glossatoren einen gesetzlichen Grund in einer Stelle des

---

tion angebracht wird, weder eine Klage, noch eine Exception; eine Replic aber ohne vorausgehende Klage und Einrede ist ein Unding. — Von einer Einrede muß zwar allerdings in dem Provocationsvortrage Erwähnung geschehen; allein sie erscheint hier nicht in der Eigenschaft als Einrede, sondern als ein Theil des Fundamentes der Provocation, also des Klagegrundes in diesem vorbereitenden Processe; und eben deshalb kann man auch die etwaigen Einwendungen, welche hier der Provocat entgegensetzt, nicht Replicen, sondern nur Einreden im Provocationsprocesse nennen, obgleich sie vielleicht, in der Hauptsache angebracht, wahre Replicen wären. — Die neueren Proceßlehrer haben wohl auch alle die Unrichtigkeit dieser Vorstellung eingesehen, welcher es übrigens und zwar schon sehr frühzeitig gar nicht an Vertheidigern fehlte. Vergl. die oben angef. Abh. von Ad. Martin §. 4. u. §. 13. — Linde Lehrb. §. 338. not. 5. — Süptitz Lehrb. §. 16. not. 4. Mittermaier der g. t. Pr. Beytr. IV. S. 186 a. E. u. flg.

[4]) Wenn nämlich der Provocat im Diffamationsprocesse

römischen Rechts nämlich in dem fr. 28. D. 46. 1. (De fidejuss. et mandat.) finden [1]), nach deren

---

zurückbleibt, so trifft ihn die poena perpetui silentii, d. h. er verliert sein Klagerecht. Der Ungehorsam des Provocaten in dem Verfahren bey der prov. ex leg. Si contendat aber hat nicht den Verlust des Klagerechts, ja nicht einmal den Verlust aller Replicen, welche ihm gegen die Einrede zu Gebote stehen, die der Provocant zu retten wünscht, — sondern nur den Verlust derjenigen Replic allein zur Folge, welche er durch den Aufschub der Klage und durch die mittlerweile eingetretene Veränderung der Umstände gewonnen haben würde, wenn er nicht provocirt worden wäre. Martin Lehrb. §. 257. — Ad. Martin a. a. O. §. 18. S. 345. Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 190. flg. — Linde Lehrb. §. 338. not. 6.

[1]) „Si contendat fidejussor, caeteros soluendo esse, etiam exceptionem ei dandam: Si non et illi soluendo sint.“ Das Wort „etiam“ gab Veranlassung zur Annahme einer actio, um das beneficium divisionis gelten zu machen. — S. die Glosse zu jenem Fragmente: non solum poterit agi, ut fiat divisio, sed etiam etc. — Bartol. ad leg. 28. de fidejuss. — Genau betrachtet sagt zwar die Glosse auch nicht, daß der Bürge den Gläubiger ad agendum provociren, sondern nur, daß er durch eine Klage auf Theilung dringen könne, was gerade nicht nothwendig mit einer Aufforderung des Gläubigers zur Hauptklage zusammenhängt. Allein der Gerichtsgebrauch

Anfangsworten auch das Rechtsmittel benannt worden ist. — Allein weder in dieser, noch in irgend einer anderen Stelle [2]) der Justinianeischen Sammlung, und eben so wenig im canonischen Rechte [3]), oder in den

---

hat der angeführten Stelle nachher diese Deutung gegeben. — Daß übrigens der Sinn des Fragments ein ganz anderer ist, hat schon Cujac. in Comm. ad lib. 25. Paul ad edict. (Ed. Frcfrt. 1596. p. 418) gezeigt, und Hugo, weil in der neueren Zeit doch wieder unrichtige Auslegungen zum Vorscheine gekommen waren (z. B. selbst in Meister De falsa prob. proc. prov. ex jure Rom. Götting 1742), neuerdings in Erinnerung gebracht. Hugo civ. Mag. Bd. I. Heft 3. Nro. 13. (2. Ausg. v. 1803 S. 98.) — S. Ad. Martin a. a. O. §. 8. Glück Comm. Bd. VI. §. 533. b.

[2]) Denn das fr. 28. cit. ist keineswegs die einzige Stelle, worauf man sich berufen hat, um dieser Provocation eine Begründung im R. R. zu verschaffen. Auch mehrere andere wurden zu diesem Zwecke benützt, und zwar in der Art, daß man sich sogar für berechtiget hielt, die Anwendbarkeit der prov. ex leg. si contendat über den in dem vorigen §. angegebenen Fall auszudehnen. (S. §. 60.) Allein von allen diesen Stellen enthält keine das, was man darin finden wollte. Vergl. Ad. Martin a. a. O. S. 261. not. b. u. S. 280 bis 301.

[3]) Ad. Martin S. 301. bis 305.

teutschen Reichsgesetzen [4]) ist eine bestimmte Anerkennung dieser Provocation enthalten, welche daher lediglich auf einem allgemeinen Gewohnheitsrechte beruht [5]).

§. 60.

c) Genauere Bestimmung der Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels.

Von vielen Juristen wird der Gebrauch der prov. ex leg. Si contend. nicht bloß auf den im §. 58 angebenen Fall beschränkt, sondern außerdem auch noch dann zugelassen, wenn ein längerer Aufschub der Klage

---

4) Nur die provoc. ex leg. Diff. wird mehrmal in den Reichsgesetzen angeführt; die ex leg. si cont. kommt nicht einmal dem Namen nach vor. Martin S. 306. §. 10.

5) Der Vorwurf der Unzweckmäßigkeit kann diesem Gewohnheitsrechte wenigstens in so fern nicht gemacht werden, als man die Provocation nur auf den Fall beschränkt, wenn durch Veränderung der Umstände eine die Sache selbst betreffende Einrede verloren gehen könnte. Anders freylich verhält sich die Sache, wenn man dieses Rechtsmittel auch wegen anderer Nachtheile, oder als provoc. ad agend. coa. tertium gelten lassen will. Ad. Martin a. a. O. S. 323 bis 333. Für ganz entbehrlich hält sie Mittermaier Beytr. IV. S. 181. flg. Vergl. auch noch Gesterding im Arch. für civ. Prax. Bd. VII. S. 138. flg.

andere Nachtheile [1]), als den Verlust einer Einrede zur Folge haben könnte [2]). — Ja, Einige nehmen sogar an, daß diese Provocation nicht nur als ein Mittel benützt werden könne, um den Provocaten zur Klagestellung gegen den Provocanten selbst, sondern auch, um ihn zur Klagestellung gegen einen Dritten aufzufordern [3]). — Allein was die erste Ausdehnung betrifft, so spricht nicht nur kein positives Gesetz dafür [4]), sondern es läßt sich auch für die

---

[1]) z. B. Erschwerung der Vertheidigung für die Erben des Verpflichteten; wenn dieser besorgt, der Berichtigte werde mit der Anstellung der Klage bis nach seinem, des Verpflichteten, Tode zurückhalten. — Ein anderes Beispiel s. bey Schaumburg lib. II. cap. 6. §. 9. not.******

[2]) Von den neueren Proceßlehrern erklären sich für diese Ausdehnung Claproth Einl. in die summ Proc. §. 285. — Danz, Grds. der summ. Proc. §. 33. — v. Gönner Hdb. Bd. V. Abh. 73. Die älteren Vertheidiger dieser Meinung s. bei Ad. Martin a. a. O. S. 264. flg.

[3]) S. die Anhänger dieser Ansicht bey Ad. Martin a. a. O. §. 5. S. 276.

[4]) Die Stellen, welche man dafür angeführt hat, sprechen theils nur von einem Zwange zur Vornahme einer Wahl, wie Fr. 6. D. 34. 5. (De opt. legat.); — theils von Abwendung einer Klage vor dem Ablaufe einer bestimmten Zeit, wie Fr. 28. D. 34. 3. (De libertat. legat.); theils von der Aufforderung eines sub conditione als Erbe eingesetzten servus zur

Zweckmäßigkeit derselben kein haltbarer Grund an=

Erfüllung der Bedingung binnen einer bestimmten Frist damit die Erbschaftsgläubiger nicht zu lange hingehalten werden — Fr. 4. pr. D. 42. 5. (De bon. auct. jud.); oder zwar von einer Aufforderung zur Geltendmachung klagbarer Ansprüche, aber doch nicht wegen eines besonderen Nachtheiles, welchen der Aufschub der Klage für den Beklagten haben könnte, c. 6. C. 8. 26. (De remiss. pignor.) — Am Ehesten könnten noch hieher bezogen werden Fr. 3. §. 5. D. 37. 10. (De Carbonian edict.) und c. 4. C. 5. 56. (De usur. pupp.). Allein die erste Stelle kann gar nicht von einer prov. ad agendum, sondern nur davon verstanden werden, ob die causae cognitio jetzt schon vorgenommen, oder aufgeschoben werden soll, weil das Carbon. edict. bereits voraussetzte, daß dem impubes der status streitig gemacht worden sey. —
Die c. 4. cit. aber enthält der wahrscheinlicheren Auslegung zufolge nur die Bestimmung, daß der Tutor durch die gerichtlich abgegebene Erklärung, er sey bereit, seinem ehemaligen Pupillen das zu zahlen, was er ihm schuldig sey, den Zinsenlauf unterbrechen könne; vorausgesetzt, daß der Pupill wiederholt, aber vergebens durch das Gericht aufgefordert worden, sich mit seinem Tutor zu berechnen. Dafür spricht auch die Ueberschrift des Titels, in welchem diese Constitution vorkommt. Gegen die Auslegung, als könnte der Tutor den Pupillen ad agendum provociren, und zwar bey Vermeidung des ewigen Stillschweigens läßt sich nicht nur anführen, daß in der Stelle selbst keine Meldung

führen [5]). — Die Zuläßigkeit einer provoc. ad agend. coa tertium läßt sich aber aus den dafür angeführten Stellen des Röm. Rechts nur in so fern beweisen, als in dem Rechtsverhältnisse des Provocaten zu dem Provocanten folgeweise auch eine obligatio ad agendum coa tertium enthalten ist[6]). Davon abgesehen, und mit specieller Beziehung auf den Fall, für welchen man vorzugsweise diese Art von Pro-

---

davon geschieht, sondern auch, daß in dem Eingange der Verordnung vielmehr gerade das Gegentheil ausgesprochen ist. — In den Basiliken (cap. 4. De usur. pupill. 38. 17. Ed. Fabrot. T. v. pag. 189.) ist freylich am Schluße der Stelle von dem Verluste des Klagerechts die Rede; allein die Basiliken haben keine gesetzliche Kraft für uns. S. über das Ganze Ad. Martin a. a. O. S. 280 bis 301. — Noch weniger, als das Röm. Recht läßt sich das canonische zur Rechtfertigung dieser Ausdehnung anführen. Martin a. a. O. S. 301. bis 306.

[5]) Denn, wenn jeder Nachtheil, welchen etwa die Verspätung der Klage für den Beklagten haben könnte, diesen zu einer Provocation berechtigte, so würde am Ende der Grundsatz, daß Niemand zum Klagen genöthiget werden könne, der Willkühr des Beklagten Preis gegeben seyn. — S. Dr. M. W. Breidenbach im Arch. für civ. Prax. B. III. Heft. 3. S. 327 bis 331.

[6]) Fr. 13. §. 30. D. 19. 1. (De act. emt.) — Fr. 60. §. 5. D. 19. 2. (Locati.) — Fr. 2. §. 7. D. 14. 2. (De lege Rhod.) Fr. 8. §. 3. D. 33. 5. De opt. leg.) — Fr. 2. §. 28. D. 43. 8. (ne quid in loco publ.) — Ad. Martin S. 336 bis 341.

vocation gelten machen will [7]), ist aber nicht nur das Röm. Recht nicht für, sondern vielmehr geradezu gegen die in Frage stehende Ausdehnung [8]). — Von einem gehörig begründeten Gewohnheitsrechte kann übrigens bey der geringen Anzahl der Anhänger dieser Meinung ohnehin nicht die Rede seyn [9]). — Bey dieser Beschaffenheit der Sache bleibt für die prov. ex leg. Si cont. nur noch der im §. 58. angegebene Fall übrig, und selbst in diesem Falle ist sie nur dann anwendbar, wenn a) die in Gefahr stehende Einrede die Sache selbst (die merita causae) betrifft [10]), und b) nicht etwa bloß die Be-

---

7) Nämlich, daß der Bürge den Gläubiger zum Klagen gegen den Hauptschuldner auffordern könne.

8) Fr. 62. D. 46. 1. (De fidejussor.) „Si fidejussor creditori denunciaverit, ut debitorem ad soluendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessauerit, an possit eum fidejussor doli mali exceptione summouere? — Respondit non posse.

9) A. d. Martin S. 343.

10) Daß wegen solcher dilatorischer Einreden, welche sich bloß auf die Beschaffenheit des concreten Klagevortrages beziehen, keine Provocation Statt finde, leuchtet von selbst ein. — Eben so klar ist es, daß eine Provocation aus Rücksicht auf die jetzt noch anwendbare exc. pl. pet. temp. ungereimt wäre. Dessen ungeachtet darf man aber nicht die Regel aufstellen,

weismittel, sondern das Exceptionsrecht[11]) selbst mit der Verlustgefahr bedroht ist.

---

das gedachte Rechtsmittel könne nur wegen peremtorischer Einreden gebraucht werden, weil allgemein anerkannt wird, daß man auch zur Erhaltung der exc. ordinis provociren könne, welche doch ihrer Natur nach nicht immer peremtorisch wirken muß, sondern zuweilen nur die Klagestellung gegen den Bürgen aufschiebt. — Daher hat man ganz richtig an die Stelle des Ausdruckes „peremt. Einreden" den im Texte gebrauchten gesetzt. Glück Comm. Bd. VI. S. 504. — Martin Lehrb. §. 257. not. e. Ad. Martin a. a. O. S. 324. not. z.

11) Denn, wenn die Gefahr nur darin besteht, daß bey längerem Aufschube der Klage Beweismittel verloren gehen könnten, welche dem Beklagten jetzt noch zu Gebote stünden, so braucht er die prov. ex. leg. Si cont. gar nicht, sondern er kann sich mit der probatio ad perpetuam rei memoriam helfen, einem Institute, welches ausdrücklich in den Quellen des gemeinen Rechts gebilligt ist, und der Regel, ut nemo invitus agere cogatur, keinen Abbruch thut. — Ad. Martin S. 321. nro. 2. — Gleichwohl ist von neueren Schriftstellern sowohl, als von älteren, die Provocation auch in diesem Falle für zuläßig erklärt worden, z. B. von Gensler Comm. II. S. 84. — Mittermaier Beytr. IV. S. 180. Ueber die älteren s. Ad. Martin S. 270 bis 272.

§. 61.

d) Verfahren.

In dem geschichtlichen Theile des Provocationsantrages, — welcher nach gemein. Rechte eben so, wie die prov. ex leg. Diff. bey dem Forum des Provocanten, und nicht des Provocaten anzubringen ist [1]), — muß von dem Klagegrunde des Letzteren Erwähnung geschehen [2]) und zugleich gezeigt werden, daß, — wenn die Klage jetzt schon angestellt würde, derselben eine bestimmte Einrede entgegengesetzt werden könnte, daß aber bey längerer Verzö-

---

[1]) Der bey der prov. ex leg. Diff. hiefür angegebene Grund (S. oben §. 55. not. 4.) paßt freylich hieher nicht, weil keine Diffamation vorausgesetzt wird. — Allein aus Rücksicht auf das präparatorische Verhältniß, in welchem dieser Provocationsproceß zu dem künftigen Hauptstreite steht, wo sodann der Provocant Beklagter wird, hat man die nämliche Regel in Ansehung des Gerichtsstandes auch hier angenommen. Nur diejenigen Schriftsteller, welche auch eine prov. ad agendum coa. tertium anerkennen, gestatten die Anstellung der Prov. auch bey dem Gerichtsstande des Provocaten. — Glück Comm. Bd. VI. S. 509. nro. V.

[2]) Aber ein Geständniß der Klage setzt die prov. ex leg. Si cont. keineswegs voraus, weil gemeinrechtlich die Behauptung, eine Einrede zu besitzen, auch neben der Abläugnung des Klagegrundes bestehen kann. Mittermaier S. 193 a. E. — Glück a. a O. S. 503. nro. II.

gerung der Klage dieser Einrede Verlustgefahr drohe [3]). Das Gesuch wird dahin gerichtet, dem Provocaten eine Frist ad agendum zu bestimmen, mit der Drohung, daß diejenigen Einwendungen, welche etwa durch längeren Zeitablauf oder durch eine spätere [4]) Veränderung der Umstände gegen jene Einrede entstehen möchten, bey einer verspäteten Anbringung der Klage nicht mehr berücksichtiget werden würden [5]) — Dieser Antrag wird von Seite des Gerichts den Provocaten vorläufig nur zur Abgabe seiner Erklärung binnen einer gewissen Frist mitge-

---

[3]) Eine Bescheinigung der hiefür angeführten Thatsachen ist jedoch hier gesetzlich nicht vorgeschrieben, wie bey der prov. ex leg. Diff.

[4]) Denn, wenn die Replic, welcher der Provocant vorzubeugen wünscht, schon zur Zeit der gestellten Provocation begründet, — z. B. der Hauptschuldner schon damals insolvent war, als der Bürge den Gläubiger zur Erhaltung der ihm vermeintlich noch zustehenden exc. ordinis provocirte, so ist die Provocation ohnehin nutzlos. — Eine bereits entkräftete Einrede kann man durch dieses Rechtsmittel nicht wieder in das Leben rufen, sondern nur eine in Gefahr stehende retten. —

[5]) Wenn einige Proceßlehrer das Präjudiz in Vorschlag bringen, daß „im Ungehorsamsfalle die von dem Provocanten vorgebrachte Einrede für immer wirksam erklärt werden würde," (S. z. B. Danz §. 36. — Süptitz §. 17.) so ist diese Androhung auf jeden Fall zu unbestimmt und zu allgemein; weil es ja nach dem in der vorigen Note Bemerkten allerdings vorkommen kann,

theilt. — Das Benehmen des Provocaten gibt sodann dem weiteren Verfahren die Richtung. A. — Stellt derselbe die Hauptklage wirklich an, wozu er aufgefordert worden, so ist der Provocationsproceß beendigt, und nun beginnt ein neues, selbstständiges Verfahren. — B. — Bringt der Provocat Ein-

---

daß ungeachtet der contum. des Provocaten die Einrede in dem künftigen Hauptprocesse doch als unwirksam verworfen werden muß. Nicht nach allen Seiten hin wird die Einrede gesichert, sondern nur gegen die Verlustgefahr, die in dem Aufschube der Klage liegt. — Noch weniger zu rechtfertigen würde es seyn, wenn man in Folge des Ungehorsams die Einrede ohne Weiters als erwiesen gelten lassen wollte. S. darüber Mittermaier S. 190. — Diejenigen Rechtslehrer übrigens, welche diese Provocation auch bloß wegen einer dem Beweise der Einreden drohenden Verlustgefahr zulassen, müssen freylich für diesen Fall ein anderes Präjudiz vorschlagen, nämlich, daß der Provocant jetzt schon zur Beweisführung admittirt werden, und der ungehorsame Provocat im nachfolgenden Processe das Recht verlieren soll, Einwendungen gegen den Beweis zu machen. Danz §. 36. — Süptiz §. 17. — Mittermaier S. 193. — Allein hier zeigt sich, wie mir scheint, das Ueberflüßige der Provocation in diesem Falle neben der probatio ad perp. rei mem. am Auffallendsten, da man zuletzt doch nur dazu gelangt, wozu man schon gleich Anfangs durch einen einfachen Antrag auf jene prob. hätte gelangen können.

wendungen gegen die Zuläßigkeit der Provocation vor [6]), so wird über dieselben auf geeignete Art verhandelt und nach dem Resultate der Verhandlung entweder die Provocation zurückgewiesen, und der Provocant in die Kosten verurtheilt, oder dem Provocaten nunmehr in Gemäßheit der Bitte des Imploranten eine peremtorische Frist ad agendum unter dem oben angeführten Präjudize be-

---

6) z. B. daß die Einrede gar nicht begründet, oder jetzt schon durch eine Replic entkräftet sey. Denn allerdings gehören auch diese Einwendungen in so fern in den Provocationsproceß, als die Aufforderung zur Klage nur durch eine Verlustgefahr für eine bestehende Einrede gerechtfertiget wird, folglich die Behauptung, welche im Hauptprocesse ihrem Inhalte nach eine Replic wäre, hier nur als Einwendung gegen die Zuläßigkeit der Provocation erscheint. Auch zu einem Beweise der zu rettenden Einrede kann es im Provocationsprocesse kommen, ohne daß dieser um deswillen seine Natur veränderte, weil das Daseyn einer Einrede zu dem Fundamente des Provocationsantrages gehört. Nur kann freylich das Urtheil in diesem vorbereitenden Verfahren auch nach vollständig geliefertem Beweise der Einrede nie weiter gehen, als darauf, daß die Provocation zuläßig, und demnach Provocat schuldig sey, binnen bestimmter Frist bey Vermeidung des obenbezeichneten Rechtsnachtheiles mit der Hauptklage aufzutreten. A. M. ist Mittermaier, S. 189. Z. 19. v. o., welcher in dem Falle, wenn der Provocat die Einrede läugnet, denselben sogleich zur Anstellung der Klage verwiesen wissen will.

stimmt. — C. — Läßt endlich der Provocat die ihm zur Abgabe seiner Erklärung gegebene Zeit verstreichen, ohne sich über die Zuläßigkeit der Aufforderung zu erklären, und ohne die Hauptklage selbst anzustellen, so kann der Provocant gleichfalls darauf antragen, daß dem Gegner nun eine peremtorische Frist ad agendum unter obigem Rechtsnachtheile vorgesetzt werde [7]).

---

[7]) Läßt der Provocat diese Frist abermals unbenützt verstreichen, so wird auf vorgängiges Anrufen des Provocanten der angedrohte Nachtheil in einem Contumacialerkenntnisse ausgesprochen. — Wenn Mittermaier S. 161. a. E. die von Martin, Lehrb. §. 257., angenommene Ansicht (der ungehorsame Provocat verliere die künftige Replic) mißbilliget, und nachher S. 192. doch selbst als Folge des Ungehorsams vorschlägt, daß dem Provocanten die Vortheile, welche er sonst gehabt hätte, wenn die Klagestellung nicht wäre verzögert worden, aufrecht erhalten werden sollen; — so scheint hiebey ein Mißverständniß obzuwalten, indem, — wenigstens bey einer Provocation wegen Verlustgefahr für ein Exceptionsrecht, — beyde Ansichten zu demselben Resultate führen.

§. 62.

B. Possessorische Processe.

a) Begriff und Unterschied des s. g. Possessorium von dem Petitorium.

Besitz und Recht sind bekanntlich wesentlich verschieden, und es kann sich Jemand im Besitze einer Sache befinden, auf welche doch nicht ihm, sondern einem Andern das Recht z. B. Eigenthum zusteht. — Da nun der Besitz durch eigene Rechtsmittel geschützt ist, so kann ein Proceß bloß über die Frage entstehen, wer Besitzer seyn, oder die aus diesem Verhältnisse entspringenden Vortheile geniessen soll, — ohne Rücksicht darauf, ob ihm, oder sonst irgend Jemanden ein Recht auf die streitige Sache zukomme. —

Einen Proceß dieser Art nun nennt man einen possessorischen, im Gegensatze zu dem s. g. Petitorium, in welchem über das Recht selbst gestritten wird. —

Hieraus ergibt sich, daß sich die Eintheilung in possessorischen und petitorischen Proceß nicht auf eine Verschiedenheit in der Verfahrungsart, sondern in der Streitfrage bezieht, welche den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung ausmacht.

§. 63.

b) Verfahren bey Besitzstreitigkeiten überhaupt.

Was das Verfahren in Besitzstreitigkeiten betrifft, so versteht sich von selbst, daß, — wenn die Bedingungen einer bestimmten summarischen Proceßart vorhanden sind [1]), — diese eingeleitet werden kann. — Aber auch außerdem eignen sich die possessorischen Processe, und zwar ohne Unterschied des Zweckes [2]), welcher dabei verfolgt wird, zur summarischen Verhandlung. Ob dieses auch nach dem neueren [3]) Röm. Rechte der Fall war, ist

---

1) z. B. die Bedingungen des unbedingten Mandatsprocesses, welche namentlich im Falle gewaltsamer Spoliationen, oder Besitzstörungen nicht selten eintreten.

2) d. h. ohne Unterschied, ob ein interd. adipiscendae, retinendae oder recuperandae possessionis angestellt worden ist.

3) Denn daß, so lange noch der ordo judiciorum privat. existirte, das Interdictverfahren wenigstens den Versuch enthielt, dem Streite so schnell wie möglich ein Ende zu machen, wird allgemein zugegeben. — S. v. Savigny über das Interdict quorum bonorum in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft Bd. VI. Hft. I. u. II. S. 242. Ob man dadurch berechtiget werde, das alte Röm. Interdictverfahren überhaupt ein sum=

zwar bestritten [4]); allein in Hinsicht auf das jetzige Recht wird es selbst von Denjenigen zugegeben, welche die sum-

marisches zu nennen, ist allerdings eine andere Frage, weil jener Versuch auch fehlschlagen konnte, und weil sodann, wie bei den Actionen, ein judicium constituirt wurde. Gaj. IV. §. 141. — Fr. 1. §. 2. D. 25. 5. (Si ventris nom.) von Savigny Recht des Besitzes. 5te Auflage §. 34. S. 409. Da wir jedoch den bedingten Mandatsproceß auch summarisch nennen, obwohl er sich in ein ordentliches Verfahren auflösen kann, so läßt sich wohl gegen den Satz, der alte Interdictenproceß sey summarisch gewesen, kaum etwas Anderes einwenden, als daß es überhaupt nicht räthlich sey, moderne Benennungen für altrömische Einrichtungen zu gebrauchen. — S. Mühlenbruch Entwurf S. 237. — Uebrigens folgt auch daraus, daß man auch im Interdictprocesse ad jus ordinarium verwiesen werden konnte, nicht nothwendig, daß nun das Verfahren auch eben so langsam war, wie sonst. S. v. Löhr über das Int. quor. bon. im Arch. für civ. Prax. Bd. XII. Heft. I. S. 97. nro. III.

[2]) Gegen die summarische Natur des Interdictenprocesses — zunächst nach älterem Röm. Rechte hatte sich v. Savigny schon in dem Rechte des Besitzes (5te Aufl. §. 34. S. 409. und Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. V. H. 1. S. 3.) erklärt. — Seiner Ansicht traten entgegen: Thibaut im Arch. für die civ. Prax. Bd. X. Heft 3. S. 456. flg. — Mühlenbruch Entwurf S. 236 bis 238. — Zimmern progr. quo sensu summarium voc. poss. interd. Rom. judic. Jen. 1828 —

marische Verfahrungsart in den Interdictsfällen nach Röm. Rechte nicht annehmen [5]).

Die beyden zuerst Genannten dehnten ihre Behauptung, daß der Interdictenproceß ein summarischer gewesen sey, auch auf das neuere Röm. Recht, — nach Aufhebung der ordin. jud. aus. S. Mühlenbruch a. a O. S. 238 u. S. 252. ob. — Thibaut a. a. O. S. 467. flg. — Dadurch veranlaßt unterschied v. Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft I. u. II. S. 242. flg. die ältere und neuere Zeit vor und nach der Aufhebung der ord. jud., und suchte mit Rücksicht auf alle Momente, welche dieses Verfahren zu einem summar. hätten machen können, zu zeigen, daß dasselbe auch nach dem neueren Rechte eigentlich nicht summarisch genannt werden könne. — Gleichzeitig erklärte sich auch gegen Thibaut G. F. Puchta in den Jahrb. der ges. deutschen jur. Lit. Bd. IX. Heft 1. S. 1. flg. — Für das summarische Verfahren in Interdictsfällen, und zwar sowohl nach neuerem, als nach älterem R. Rechte hat endlich wieder das Wort geführt v. Löhr im Arch. für die civ. Prax. Bd. XII. Heft. 1. S. 97. flg. — Zimmern hat seine in dem Programme vertheidigte Ansicht selbst wieder zurückgenommen in der Gesch. des Röm. Privatr. Bd. III. S. 223. not. 19.

5) v. Savigny Zeitschr. Bd. VI. Hft. I. u. II. S. 258 und S. 272. — Daß übrigens bey unseren Gerichten nicht Alles schnell geht, was in unseren Lehrbüchern summarisch genannt wird, ist allerdings wahr.

§. 64.

c) Von dem Verfahren bey Besitzstreitigkeiten, wo es auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes abgesehen ist [1]).

Daß nach dem neuesten Röm. Rechte das Verfahren in solchen Streitigkeiten, wo es auf Wiedererlangung eines gewaltsam entzogenen Besitzes abgesehen war, ein summarisches in unserm Sinne genannt werden dürfe, ist ungeachtet der dagegen vorgebrachten Einwendungen, doch immer noch das Wahrscheinlichere, wenn man auch dabey die singulären Abweichungen nicht in Anschlag bringt, welche bey der Verhandlung des interd. unde vi eintraten; nämlich daß a) die Legitimation zum Processe hier erleichtert war, [2]) und daß b) die Appellation

---

[1]) Es ist hier nicht der Ort, auch von den materiellen Bedingungen der Anwendbarkeit des interd. unde vi oder der Spolienklage zu handeln. Hievon muß in den Vorträgen über das Civilrecht die Rede seyn. Daß bey der Darstellung des Provocationsprocesses diese Ausscheidung nicht gemacht wurde, hat seinen Grund darin, weil in den Lehrbüchern des Civilrechts über die Provocationen gewöhnlich gar nicht, oder doch nicht so ausführlich gehandelt wird, als über die possessorischen Interdicte.

[2]) Das int. unde vi kann nämlich nach der c. un. C. 8. 5. (Si per vim etc.) u. c. 3. C. 3. 6. (qui legit.) von den Angehörigen und Freunden des abwesenden Besitzers, — auch ohne Vollmacht, — ja selbst von ser-

gegen das Urtheil keinen Suspensiveffect hatte [3]). Denn unverkennbar gebieten mehrere im Theod. u. im Justinian. Codex enthaltene Constitutionen dem Richter eine besondere Beschleunigung solcher Sachen [4]), und gerade hierin besteht

---

vis desselben angestellt werden. — v. Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft I. und II. S. 247.

[3]) c. un. C. 7. 69. (Si de moment. poss. etc.) Vergl. noch v. Savigny a. a. O. S. 247. not. 1.

[4]) Wenn man auch die in mehreren Stellen vorkommenden Ausdrücke: „momentum; momenti reformatio; m. actio; m. possessio" (c. 1. C. 8. 5. (Si per vim etc.) — c. 8. C. 8. 4. (Unde vi). — c. un. C. 7. 69. (si de mom. poss.) nicht nach Isid. V. 25. mit Thibaut (Arch. für die civ. Prax. Bd. X. Hft. 3. S. 466. not. 14) u. A. auf das Verfahren, sondern nur auf den vorübergehenden Erfolg des Interdicts bezieht (v. Savigny a. a. O. S. 255. not. 1) und Zimmern Gesch. des Röm. Privatr. III. Bd. S. 437. not. 6. a. E): wenn man außerdem auch noch zugibt, daß die Worte: „mox audiri" in der c. 8. C. 8. 4. (Unde vi), nicht nothwendig von einer Beschleunigung der Verhandlungen selbst verstanden werden müssen, sondern daß sie auch den Sinn haben können, der Richter soll dergleichen Sachen vor andern vornehmen; so bleiben doch immer die Aeusserungen in c. 4. C. Th. 4. 22. (Unde vi) „celeri redhibitione consulere nec judicium dilatione suspendi," c. 5. C. Th. (De denunt.)" juris

das wesentliche Merkmal der Summarietät nach unserem jetzigen Sprachgebrauche. — Ob das canonische Recht in der s. g. Spolienklage ein neues, von dem Röm. interd. unde vi verschiedenes Rechtsmittel eingeführt habe, ist eine hier nicht zu untersuchende Frage[5]). Auf jeden Fall haben nicht nur die Canonisten[6]), sondern selbst die teutschen Reichsgesetze[7]) auch den Spolienproceß zu den summarischen gerechnet. Es scheint demnach, — was

suffragium, quod in celeri reformatione consistit« und c. 1. C. 8. 5. (Si per vim) „sine ulla cunctatione restituant" übrig, welche doch wohl am Natürlichsten auf eine Beschleunigung des Verfahrens überhaupt gedeutet werden.

5) Vergl. darüber v. Savigny: Das Recht des Besitzes 5te Aufl. §. 50. J. H. Boehmer J. E. P. lib. II. tit. 13. — Einige neuere Schriftsteller nehmen an, daß das canonische remedium spolii aus germanischen Ansichten hervorgegangen sey, z. B. Mittermaier der gem. d. Proc. Beytr. IV. S. 196. — Linde Lehrb. §. 345. Allein, was v. Savigny in dem R. des Bes. §. 50. S. 569. not. 3. a. E. und in der Geschichte des Röm. R. im Mittelalter Bd. II S. 116. not. 104. a. E. bemerkt, enthält einen bestimmteren Beweis des Zusammenhanges des c. Redintegranda mit dem Röm. Rechte.

6) J. H. Boehmer J. E. P. lib. II. tit. 13. §. 4.

7) C. G. O. Thl. 8. II. Tit. (Conc. Tit. 8.) und Thl. III. Tit. 3. §. 6.

als bestehender Gerichtsgebrauch ohnehin allgemein anerkannt ist[8]), auch gerechtfertiget werden zu können, nämlich daß possessorische Streitigkeiten dieser Art, wenn nicht etwa gar die Bedingungen des Mandatsprocesses vorhanden sind, wenigstens unbestimmt summarisch zu verhandeln sind.[9])

§. 65.

d) Verfahren bei Streitigkeiten, in welchen es auf Erhaltung des Besitzes abgesehen ist (interd. retin. posses).

aa) Einleitung.

Das Verfahren bei Streitigkeiten über die Conservation des Besitzers bedarf um deswillen einer ausführlicheren Erörterung, weil hier der in der Praxis so wichtige Doppelproceß, nämlich das s. g. possessorium summariissimum und ordinarium vorkommen kann, worüber noch immer zum Theile unrichtige und schwankende Ansichten bestehen. — Daß der Ursprung dieses zweifachen Verfahrens nicht in dem Röm. Rechte gesucht werden könne, wird jetzt allgemein zugestanden[1]). Aber auch

---

[8]) v. Savigny, in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. S. 257.

[9]) S. Martin Lehrb. 258. — Linde Lehrb. §. 345. — Vergl. noch Heffter Instit. S. 425. oben.

[1]) Aeltere Schriftsteller haben allerdings versucht, auch das

die Meinung, das poss. ord. sey durch das canonische Recht, das summariiss. durch die teutschen Reichsgesetze eingeführt worden [2]), ist unhaltbar [3]). Diese Abtheilung ist vielmehr ein Werk des Gerichtsgebrauches, welcher durch ein Mißverständniß des canonischen Rechts insbesondere bey der Ausbildung des poss. ordinarii unterstützt worden ist [4]). — Die Entstehung derselben ist auf folgende Art zu erklären: Das Röm. Recht kennt in Bezug auf

---

poss. summar. aus dem Röm. Rechte herzuleiten. S. v. Savigny Recht des Bes. 5te Aufl. S, 580. not. I.

[2]) Klepe De nat. et ind. poss. ad. interd.

[3]) Denn das poss. summ. war in der Praxis schon früher bekannt, ehe noch die Reichsgesetze davon Meldung machten. — Diejenige Stelle des canon. Rechtes aber, in welcher man den Ursprung des poss. ord. finden wollte, c. 9. X. (De prob.) enthält der richtigen Auslegung zufolge nicht etwas Neues, sondern nur eine Anwendung der Römischen Grundsätze des interd. uti possid. auf einen besonderen Fall. — v. Savigny a. a. O. S. 589. — C. Albert über das interd. uti possid. der Römer, als die Grundlage zur richtigen Erkenntniß des heutigen s. g. poss. summ. u. p. ord. Halle. 1824. §. 95.

[4]) Denn, wenn es gleich nicht die Absicht des Pabstes Innocenz III. war, in dem C. 9. X. cit. etwas Neues zu verordnen, so läßt sich doch nicht läugnen, daß die meisten practischen Schriftsteller dieses voraussetzten,

körperliche Sachen zwey remedia retinendae possessionis, nämlich das interd. uti possidetis, und das interd. utrubi, jenes für unbewegliche, dieses für bewegliche Sachen, von denen jedoch das letztere in der neuesten Zeit dem ersten gleichgesetzt worden ist [5]). Das interdictum uti possid. findet nun unter Andern auch dann Statt, wenn der Besitz einer Sache zweifelhaft ist, d. h. wenn zu gleicher Zeit mehrere Personen im Besitze der nämlichen Sache zu seyn behaupten [6]). In diesem Falle ist zu Gewaltthätigkeiten unter den Parteyen die nächste Veranlassung gegeben, weil jeder Theil sich für den Besitzer, und die Besitzhandlungen des Gegners für Störungen und Eingriffe in seinen Besitz hält, folglich sich nach dem Grundsatze: licet vim vi repellere zur eigenmächtigen Vertheidigung berechtiget glaubt [7]). Die Nothwendigkeit, diese Gefahr so schnell wie möglich abzuwenden, mußte besonders in Teutschland zu der Zeit gefühlt werden, wo die Selbsthülfe noch zu den gewöhnlichen Erscheinungen gehörte. Da nun aber die vollständige und gründliche Verhandlung des Röm. Interdicts, —

---

und daß dieser Irrthum auf die Darstellung des poss. ordin. einen großen Einfluß hatte.

5) v. Savigny a. a. O. §. 37. bis 40. Albert a. a. O. §. 22. —

6) Albert §. 86. flg.

7) v. Grolmann Theorie des grchtl. Verfahrens 4te Aufl. S. 412.

zumahl bey dem immer weitläufiger werdenden Proceßgange — einen nicht unbeträchtlichen Zeitaufwand erforderte [8]), so suchte man sich damit zu helfen, daß man im Falle eines streitigen Besitzes, um nur schnell einer öffentlichen Ruhestörung vorzubeugen, — zunächst blos auf das jüngste factum possessionis sah, und diejenige von den streitenden Parteyen vorläufig in Schutz nahm, welche die neueste Besitzhandlung für sich nachweisen konnte, ohne weiter zu untersuchen, ob ihr auch ein solcher Besitz zustehe, wie er nach Röm. Rechte zu dem Siege mit dem Interd. uti possidetis vorausgesetzt wird. Erst dann, wenn durch diese provisorische Maaßregel die Gefahr einer Gewaltthätigkeit beseitiget war, gab man einer gründlichen Erörterung der Frage Raum, auf welcher Seite der zu dem Siege mit dem Interdicte erforderliche, also auch fehlerfreye Besitz vorhanden sey. —

Hierauf nun beruht die Unterscheidung zwischen dem possess. summariissimum oder momentaneum [9]) und dem p. ordinarium oder plenarium. In jenem wird nur das jüngste factum poss. untersucht, und darnach

---

[8]) Denn es sollte ja nicht bloß untersucht werden, wer zur Zeit der Klagestellung im juristischen Besitze war, sondern auch, ob dieser Besitz im Bezug auf den Gegner nicht vi, clam oder precario ausgeübt wurde.

[9]) Bey älteren Schriftstellern führt das summ. sehr verschiedene Namen, z. B. mandatum de manutenendo, Inicio de interim, recredentia u. s. w — v. Savigny a. a. O. S. 579. not. 3. — Für den

provisorisch der richterliche Schutz ertheilt, in diesem werden die Erfordernisse des interd. uti possidetis vollständig geprüft, und definitiv über den Besitzstand entschieden[10]).

Aus der bisherigen Darstellung ergibt sich, daß die Entstehung dieses zweyfachen Verfahrens nur durch die Nothwendigkeit veranlaßt wurde, der Gefahr einer Gewaltthätigkeit vorzubeugen; — daß folglich dieser doppelte Proceß nur bey dem Gebrauche eines remedii retinendae poss.[11]), ja auch hier nicht immer, sondern nur

---

in poss. sum. geschützten Besitz wurden auch die Ausdrücke: Fiduciaria oder depositaria possessio gebraucht. Gaill obs. lib. I. obs VII.

10) S. v. Savigny a. a. O. §. 51. u. 52. — Albert a. a O. §. 95. not. 1. und §. 106. not. 2. — Schon Gaill l. c. stellt das Verhältniß des poss. sum. zu dem ordin. auf obige Art dar. — Vergl. noch Mittermaier der g. d. Proc. Beytr. IV. S. 20. nro 1.

11) Denn bey remed. adip. sowohl, als recuper. poss. gesteht der Kläger zu, daß sich sein Gegner im Besitze befindet, und zeigt durch die Anstellung der Klage, daß er sich nicht eigenmächtig, sondern auf gerichtlichem Wege dazu verhelfen wolle. — Möglich ist es zwar allerdings, daß der Kläger auch in einem solchen Processe, wobey es ihm um Wiedererlangung eines verlornen oder um Erlangung eines noch nicht gehabten Besitzes zu thun ist, die Geduld verliert, und ohne den Ausgang abzuwarten, zur Selbsthülfe greift. Allein

dann vorkommen kann, wenn gegründete Besorgniß einer gewaltsamen Selbstvertheidigung vorhanden ist [12]).

§. 66.

bb) Von dem poss. summar. insbesondere.

Die speciellen Erfordernisse des poss. summ. ergeben sich von selbst, sobald man der bisherigen Darstellung zu-

---

diese Möglichkeit ist bei einem jeden, auch petitorischen Processe vorhanden. — Die Veranlassung des poss. summ. lag in der Wahrscheinlichkeit eines gewaltsamen Auftrittes unter den Parteyen, und diese tritt nirgendwo in so hohem Grade ein, wie in dem obenangegebenen Falle des interd. uti possid. — Wenn sich übrigens der Kläger im Laufe eines Spolienprocesses eine eigenmächtige Besitzstörung erlaubt, so tritt hiermit der Fall ein, in welchem sein Gegner wider ihn ein int. retin. poss. gebrauchen kann. — Sehr viel Unrichtiges über das Verhältniß possessorischer Processe überhaupt und insbesondere über die Fälle, in welchen ein poss. summar. getrennt vor dem ordin. vorkommen kann, ist gesagt in Gönners Hdb. Bd. IV. Abh. 81. z. B. S. 424. Lit. A. und 426. nro. 4.

[12]) Es kann sich allerdings ereignen, daß der Besitzer einer Sache zur Anstellung eines remed. retin. poss. genöthiget ist, ohne daß deshalb eine Gewaltthätigkeit unter den Parteyen zu besorgen steht. In diesem Falle wäre es zwecklos, der vollständigen Verhandlung des Interdicts ein summar. vorangehen zu lassen. v. Savigny S. 585.

folge den Gesichtspunkt festhält, daß dasselbe die Verhandlung eines remedii retinendae poss., aber freylich wegen der vorhandenen Gefahr von Gewaltthätigkeiten nur eine provisorische und soviel wie möglich abgekürzte Verhandlung ist. — In so fern nämlich der Fall eines Interdicts vorausgesetzt wird, kann 1) nur Der als Kläger auftreten, der den juristischen Besitz hat [1]). — Wenn dessenungeachtet zuweilen ein bloßer Detentor in summariissimo geschützt wird, so ist dieses nur eine Folge des Umstandes, daß wegen der nothwendigen Beschleunigung des Verfahrens eine genaue Untersuchung der Beschaffenheit des Besitzes nicht angestellt, und folglich der Richter in dieser Hinsicht leicht getäuscht werden kann. — Der Kläger muß [2]) zeigen, daß er sich noch gegenwärtig im Besitze befindet. Denn muß er selbst zugeben, daß er den Besitz gänzlich verloren hat, so kann er wohl von einem remed. recup., aber nicht retin. poss. Gebrauch machen, und folglich, weil das summar. nur bey Streitigkeiten der letztern Art vorkommen kann, auch in poss. summ. nicht auftreten [3]). Die Nach-

---

[1]) v. Savigny S. 582. — Albert a. a. O. §. 43. flg.

[2]) v. Savigny S. 582. — Mittermaier der gem. d. Pr. Beytr. IV. S. 218.

[3]) Claproth Einl. in sämmtl. summ. Proc. (3te Aufl.) S. 87. — v. Grolmann Theorie des ger. Verf. (4te Aufl.) S. 413. — Ueber die verschiedenen Formen, in welchen eine Besitzstörung vorkommen kann, s. Albert a. a. O. §. 36. flg.

weisung des gegenwärtigen Besitzes wird aber dadurch bewerkstelliget, daß der Implorant anführt, er sey der letzte gewesen, welcher vor der Störung, die zur Klage Veranlassung gab, eine ruhige Besitzhandlung ausgeübt habe[4]). Auf denjenigen Act, bei dessen Ausübung er mit seinem Gegner zusammentraf, kann er sich schon um deswillen nicht berufen, weil diesen auch der Gegner als eine eben so neue Besitzhandlung für sich anführen könnte, folglich der Richter keinen

---

4) Daß der jüngste Besitz oder vielmehr die neueste ruhige Besitzhandlung (Albert S. 124 a. E.) hier als Anhaltpunkt zur provisorischen Regulirung des streitigen Verhältnisses dient, ist von den Practikern allgemein angenommen — Mev. Dec. p. I. dec. 139. nro. 7. — Boehmer Doctr. de act. Sect. II. c. 4. §. 14, Schaumburg Princ. prax. jur. jud. I. II. c. IV. §. 3. et. 4. — Claproth Einl. in die summ. Proc. §. 36. — Danz Grds. der summ. Pr. (3te Ausg.) §. 59. nro. III. — Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 81. §. 10. nro. 7. — v. Grolman Theor. des ger. Verf. S. 414. — Süptiz Lehrb. §. 84. nro. 1. Aeltere Schriftsteller sprechen zwar von der Nothwendigkeit einer provisorischen Verfügung im Falle einer litigiosa possessio, ohne jedoch die jüngste Besitzhandlung als Grundlage dieses Provisoriums ausdrücklich anzuführen. S. z. B. Durandi spec. lib. II. partic. I. De petit. possess. et spol. nro. 38. — Gaill Observ. lib. I. obs. 5, 6 et 7. — A. H. Vulteji tract. de jud. lib. I. c. 2. nro. 37.

Anhaltpunkt zur Entscheidung hätte [5]. — Mehr als eine ruhige Besitzhandlung braucht übrigens der Kläger nicht anzuführen [6], aber diese muß auf bestimmte Art bezeichnet werden [7], so wie 3) die Störung, durch welche die Klage veranlaßt wurde [8]. 4) Aus der geschichtlichen Darstellung muß sich ergeben, daß es ohne eine provisorische Maaßregel leicht zu Gewaltthätigkeiten unter den Partheyen kommen könnte. Denn wenn die Störung gar nicht dazu geeignet ist, solche Besorgnisse zu erregen, so würde es offenbar zwecklos seyn, der ordentlichen und vollständigen Verhandlung des Indicts dieses Verfahren vorangehen zu lassen [9]. 5) Das

---

5) Mev. Dec. VIII. dec. 449. — Danz a. a. O. — Süptiz a. a. O.

6) Schaumburg l. c. §. 3. not. * — Süptiz a. a. O. not. 5. Die Bestimmung einiger Proceßordnungen, daß nur der einjährige Besitz geschützt werden soll (z. B. Cod. jud. bav. c. III. §. 5. pr. s. auch Schaumburg l. c. not. *****) scheint aus einer unrichtigen Ansicht der praescriptio annalis des interd. uti poss. hervorgegangen zu seyn. Albert a. a. O. §. 168. not. 6.

7) Claproth a. a. O. S. 85. — Süptiz a. a. O. nro. 1. not. 7.

8) Claproth S. 87.

9) Wenn übrigens die Gefahr von der Art ist, daß nicht etwa bloß die Ausübung einer Privatgewalt unter den streitenden Theilen, sondern sogar eine Stö-

Gesuch geht in Gemäßheit des Zweckes eines remed. retin. poss. auf Schutz des Klägers im Besitze, auf Un-

---

rung des öffentlichen Friedens zu besorgen steht, so kann der Richter selbst unaufgefordert einschreiten, und, wenn die Gefahr dringend ist, ohne Weiters, d. h. selbst ohne auf den jüngsten Besitz vorläufig Rücksicht zu nehmen, — entweder eine Sequestration anordnen, oder, wo dieses unthunlich ist, beiden Theilen die Ausübung des Besitzes verbieten. Auf dieses Verfahren, welches aber mit dem poss. summar. im gewöhnlichen Sinne offenbar nicht verwechselt werden darf, und dessen Zuläßigkeit gewisser Massen schon im 13ten Jahrhundert anerkannt war, (S. Durandi specul. lib. II. partic. 1. De petit. poss. et spol. nro. 38. „Ex officio enim suo debet judex partes cohibere, ne veniant ad arma et rixas") bezieht sich die bekannte Stelle der C. G. O. von 1555. Thl. II. Tit. 21. §. 3. „Ob auch in obberühmtem Falle (§ 1 und 2) zwischen den Parteyen, die ohne Mittel dem Reich unterworfen die Gewehr, Possession oder quasi aus redlicher Anzeigung zweifelich, und sorglich Empörung, Weiterung oder Aufruhr daraus zu besorgen: sollen Cammerrichter und Beysitzer Gewalt und Macht haben, auf Anrufen der Parteyen, oder für sich selbst ex officio die Possession zu sequestriren, oder aber der quasi Possession halben anstatt der Sequestration beiden Theilen zu gebieten, sich derselben zu enthalten; und alsbald darauf summarie ohne einigen gerichtlichen Proceß, oder andere weitläufige Ausführung der Sachen zu erkennen, welchem Theil die Possession oder quasi einzugeben, oder zu inhibiren sey, sich derselben

tersagung fernerer Störungen und zuweilen auch auf Leistung einer Entschädigung [10]).

---

bis zu endlichen Austrag des Rechtens in possessorio oder petitorio zu enthalten. Und so das geschehen, soll alsdann solches keinen Theil an seinem Inhaben oder Besitz in Recht nachtheilig seyn." — Nur der letzte Theil dieser Verordnung (von den Worten „und alsbald darauf" angefangen) kann auf das gewöhnliche summariiss. bezogen werden. Der erste Theil handelt von einer provisorischen Maaßregel, welche selbst dem summar. noch vorausgehen kann, welche aber freylich nicht jedesmahl, sondern nur dann Statt findet, wenn die dringendste Gefahr öffentlicher Unruhen vorhanden ist. — Daß der Gebrauch dieses Provisoriums, nämlich der offiziellen Einschreitung durch Sequestration u. dgl. heutzutage nur sehr gering seyn könne, ist allerdings richtig (v. Savigny S. 585. a. E.); aber von dem summariiss. wie sich dasselbe in der teutschen Praxis ausgebildet hat, läßt sich Dieses der Erfahrung zufolge nicht behaupten, da zur Begründung desselben zwar die Gefahr gewaltsamer Auftritte unter den Partenen, aber nicht gerade öffentlicher Unruhen und Empörungen erfordert wird. — Vergl. zu der angeführten Stelle der C. G. O. noch das Conc. Thl. II. Tit. 22. §. 4 und 5. — Der R. A. v 1512. I. 4. §. 12. und die C. G. O. v. 1521. XXXII. 1. handeln wohl von dem Falle einer litig. poss. aber von dem summar. geschieht darin noch keine Meldung.

10) Claproth §. 37. — Linde Lehrb. §. 344.

§. 67.

Fortsetzung.

Das nothwendige Streben nach Beschleunigung und die bloß provisorische Eigenschaft des poss. summar. bringen es dagegen mit sich, daß 1) von dem Imploranten kein vollständiger Beweis [1]), sondern nur eine Beschei-

---

[1]) Es entspricht der Natur und dem Zwecke dieses Verfahrens nicht, wenn einige Particularproceßordnungen (z.B. Cod. jud. bav. c. 3. §. 5. Nro. 4) einen vollständigen Beweis fordern. — Das Conc. der C. G. O. Tit. XXII. §. 5. spricht nur von einer Bescheinigung und die meisten Proceßlehrer stimmen auch damit überein. — Claproth Einl. in sämmtl. summ. Processe §. 36. S. 87. a. E. — Danz Grds. der summ. Proc. §. 61. X. Nro. 1. — Süptitz Lehrb. §. 86. — Thibaut P. S. §. 319 — A. M. ist — zwar Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 81. S. 464. u. Mittermaier der gem. t. Pr. Beytr. IV. S. 221. Da jedoch ohne eine dringende Gefahr dem summar. gar nicht Statt gegeben werden soll, im Falle einer solchen Gefahr aber die Herstellung eines vollen Beweises oft zu viel Zeit erfordern würde, so dürfte nach der Analogie des Arrestprocesses immerhin die entgegengesetzte Ansicht vorzuziehen seyn. — Verlangt man einen vollständigen Beweis, auch in einem solchen Falle, der wirklich zur Verhandlung in summ. geeignet ist, so wird nicht selten während dieses Verfahrens selbst wieder eine provisorische Verfügung nothwendig werden, was doch gewiß nicht zweckmäßig ist, da ja das summar. selbst nur ein Provisorium seyn soll.

nigung[2]) derjenigen Thatsachen gefordert wird, welche zur Begründung seiner Klage gehören[3]), — daß ferner

[2]) Um die hier erforderliche Bescheinigung zu liefern, kann sich der Implorant aller gewöhnlichen Beweismittel bedienen. Denn die Gesetze enthalten in dieser Hinsicht keine Beschränkung, und in der Natur und dem Gegenstande dieses Verfahrens liegt ebenfalls kein Grund, irgend ein Beweismittel gänzlich auszuschließen. — Am häufigsten werden allerdings Zeugen gebraucht; allein auch der richterliche Augenschein, ja selbst Urkunden (Wernher Obs. I. Obs. 117.) und die Zuschiebung des Eides sind nicht schlechthin unzulässig. — Schaumburg princ. prax. lib. II. C. IV. §. 8. Claproth a. a. O. S. 88. — Danz a. a. O. §. 61. X. Nro. 3. u. 4. — Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 81, S. 464. u. 465. Süptiz Lehrb. §. 86. — A. M. ist in Ansehung der Eidesdelation Mittermaier a. a. O. S. 219. — Die Bescheinigung durch Zeugen konnte bei dem Reichskammergerichte auch in der Art bewirkt werden, daß der Implorant die Zeugen vor der Anstellung der Klage von einem Notar vernehmen ließ, und das hierüber verfertigte Notariatsinstrument der Supplic beilegte; ein Gebrauch, welcher zwar bey dem R. C. G. besonders zweckmäßig erschien (Gönner a. a. O. S. 457.) aber deshalb doch auch bey anderen teutschen Gerichten nicht unzweckmäßig genannt werden kann. — In so fern übrigens der Implorant den unbedingten Mandatsproceß eingeleitet wissen will, kann er sich freylich solcher Bescheinigungsmittel nicht bedienen, welche dem Richter ohne weitere Verhandlungen die Behauptungen des Klägers nicht einmal wahrscheinlich machen können.

[3]) Sehr zweckmäßig, — und, wenn man den unbedingten

2) keine Exception in diesem Verfahren berücksichtiget wird, welche nicht sofort liquid ist[4]), — selbst diejenigen Einreden nicht ausgenommen, welche die jüngste Besitzhandlung des Imploranten als fehlerhaft (vi, clam. oder precario ausgeübt) darzustellen suchen[5]); 3) daß ein gegen den richterlichen Ausspruch (das s. g. Manutenenzdecret) in poss. summar. eingelegtes ordentl. Rechts-

---

Mandatsproceß begründen will, sogar nothwendig ist es die Bescheinigung sogleich mit dem Klagevortrage zu verbinden Schaumburg l. c. §. VI. not. ****

4) Nur solche dilatorische Einreden, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nullität zur Folge haben würde, z. B. die gerichtsablehnenden, müssen auf jeden Fall zugelassen werden, selbst dann, wenn sie nicht sogleich liquid wären. — Claproth a. a. O. §. 41. — Danz §. 61. VIII — Süptiz §. 85. Nro. 1. — Linde §. 344. Nro. 3. — Die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart, welche gleichfalls nicht ausgeschlossen werden darf, wird sich ohnehin schon durch die eigene Geschichtserzählung des Imploranten liquidiren, wenn sie wirklich begründet ist. Ob auch die exceptio spolii gehört werden soll, ist zwar bestritten (Leyser med. sp. 306. med. 1. — Mittermaier a. a. O. S. 220. Nro. 6.); allein der Natur und dem Zwecke des poss. summar. scheint es mehr zu entsprechen, wenn man diese Einrede ausschließt. — Daß übrigens peremtorische Einreden, zumahl solche, welche sich auf das petitorium beziehen, hier nicht zuzulassen sind, ist allgemein angenommen. — Martin §. 259 not. h. — Mittermaier S. 220. Nro. 6.

5) Leyser med. sp. 508. med. IV. u. V. — Boehmer I. E. P. lib. II. Tit. 12. §. 7.

mittel keinen Suspensiveffect hat [6]), dem hier unterliegenden Theile aber unbenommen ist, nicht nur in petitorio, sondern auch in possessorio ordinario als Kläger aufzutreten [7]).

Was die Form des Verfahrens bey Streitigkeiten über den jüngsten Besitz betrifft, so wird, — wenn anders der Implorant die jüngste Besitzhandlung von seiner Seite, die Störung von Seite seines Gegners, und die dadurch verursachte Gefahr von Gewaltthätigkeiten sogleich bey der Anstellung der Klage schon hinreichend bescheiniget hat [8]),

---

6) c. un. C. Si de mom. poss. fuerit appell. (7. 69.) — Ueber die Auslegung dieser Constitution s. vorzüglich C. Albert über das interd. uti possid. §. 139 bis 144. und Gönner Hdb. III. Abh. 61. §. 5. flg. — dann IV. Abh. 81. §. 12. — Bey dem poss. summar. spricht schon der Zweck des ganzen Verfahrens für die Ausschließung des Suspensiveffects, weshalb auch die meisten Proceßlehrer diese Wirkung hier nicht gelten lassen. Schaumburg l. c. lib. II. cap. IV. §. 11. — Claproth a. a. O. §. 52. — Danz a. a. O. §. 63. not. e. — Martin §. 259. not. i. — Mittermaier S. 221.

7) C. G. O. 1555. Th. II. Tit. 21. §. 3. „Sich derselben (der Possession) bis zu endlichen Austrag des „Rechtes in possessorio oder petitorio zu ent„halten." — Martin Lehrb. §. 259 not. k.

8) Wenn der Implorant seine Behauptungen nicht sogleich bey der Anstellung der Klage schon hinreichend bescheini-

— immer der unbedingte Mandatsproceß anwendbar seyn [9]).

---

get hat, so bleibt freilich nichts Anderes übrig, als den unbestimmt summarischen Proceß einzuleiten. — Allein auch in diesem Falle soll das Verfahren soviel wie möglich beschleuniget, also namentlich kein Schriftenwechsel gestattet, sondern ein Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt werden. Sollte auch in diesem Termine die Sache nicht zu einem Manutenenzdecrete reif werden, und der Richter aus den wechselseitigen Vorträgen der Parteyen die Ueberzeugung schöpfen, daß es noch vor der Erlassung dieses Decretes zu gewaltsamen Auftritten kommen könnte, so dürfte ohne Zweifel einstweilen selbst von Amtswegen eine Sequestration verfügt, oder eine Temporalinhibition an beyde Theile erlassen werden. — C. G. O. a. a. O. — Schaumburg l. c. §. 6., Gönner Hdb. Bd. IV. Abh. 31. §. 24. — Gensler Comment. Bd. II. S. 98. lit. b. — Mittermaier a. a. O. S. 219. Nr. 4. — Da übrigens das interd. uti possidetis deswegen, weil in summar. darüber verhandelt wird, die Natur eines judic. dupl. nicht ablegt, so muß es auch dem Imploraten erlaubt seyn, eine noch jüngere Besitzhandlung für sich anzuführen, als auf welche sich der Implorant berufen hat; und wenn er diese gehörig zu bescheinigen im Stande ist, so muß er vorläufig im Besitze geschützt werden. — Claproth a. a. O. §. 44. und §. 49. — v. Grolmann Theor. grchtl. Verf. S. 414.

9) Die Einwendung, daß der unbedingte Mandatproceß der Natur eines judic. dupl. widerspreche, ist nicht gegründet, weil es dem Imploraten, wenn er eine noch jün-

§. 68.

cc. Von dem poss. ordinarium.

Das possess. ordinarium ist nichts Anderes, als die vollständige Verhandlung des interd. uti possidetis. Auch hier wird also, wie in dem summar. auf den gegenwärtigen Besitz gesehen; — nur wird zugleich untersucht, ob dieser Besitz auch fehlerfrey sey[1]), d. h. ob derselbe nicht in Beziehung auf den Gegner vi, clam. oder precario ausgeübt werde. — Auf das höhere Alter des Besitzes, oder wohl gar auf die Nachweisung des Rechtstitels kommt aber zunächst nichts an. Denn die Nachweisung des Rechtstitels gehört in das petitorium; die Ansicht aber, daß in poss. ordin. der ältere Besitz als solcher den Vorzug vor dem jüngeren haben soll, steht offenbar im Widerspruche mit der Na-

---

gere Besitzhandlung für sich anführen und bescheinigen kann, — frey steht, das Mandat als erschlichen darzustellen und nicht nur die Aufhebung desselben, sondern auch einen Manutenenz-Befehl zu seinem Vortheile zu erwirken.

[1]) Allerdings kann zwar auch schon in poss. summar. auf die vitia possess. Rücksicht genommen werden, allein nur dann, wenn die darauf Bezug habende Einrede sogleich liquid ist. Im poss. ordin. dagegen ist auch die Illiquidität kein Hinderniß der Zuläßigkeit solcher Einreden.

tur des interd. uti possid.[2]), welches nur zum Schutze des gegenwärtigen Besitzes eingeführt ist.

Wenn jedoch durch das beyderseitige Vorbringen der Partheyen zweifelhaft geworden ist, welche von ihnen sich in dem gegenwärtigen fehlerfreien Besitze befinde[3]), so dürfen auch Vermuthungen zu Hülfe genommen werden, und in dieser, aber auch nur in dieser Hinsicht ist im canonischen Rechte auch auf das Alter des Besitzes, und auf den Beweis des Rechtstitels ein Werth gelegt. — Weil nämlich, 1) wenn eine Parthey schon früher im Besitze war, als die andere, und den Besitz bis jetzt fortsetzte, die von der Gegenparthey ausgeübten Besitzhandlungen nur als gewaltsame oder heimliche Störungen und Eingriffe angesehen werden können, indem eine possessio duorum in solidum nicht Statt findet; — und weil eben so 2), wenn ein Theil einen

---

[2]) Denn wenn bloß das Alter des Besitzes allein den Ausschlag gäbe, d. h, wenn Derjenige, welcher nur darthun könnte, daß er schon vor seinem Gegner irgend einmal im Besitze der streitigen Sache gewesen sey, ohne zugleich die Fortsetzung dieses früheren Besitzes bis jetzt beweisen zu können, die Oberhand behielte, so wäre das poss. ordin. ein remedium recuper. possess., während doch außer Zweifel ist, daß dieses Verfahren nur bey interd. retin. poss. Statt findet.

[3]) Diese zweifelhafte Lage tritt namentlich dann ein, wenn von beyden Theilen eine Reihe von Besitzhandlungen angeführt wird, welche aber wechselseitig als vitios z. B. als heimlich ausgeübt bestritten werden.

Rechtstitel nachgewiesen hat, der andere nicht, ein fehlerfreyer juristischer Besitz auf Seite des Letzteren höchst unwahrscheinlich ist; — so wird in dem Falle des cap. 9. X. De prob. (2. 19.) für den älteren und auf einem erwiesenen Rechtstitel beruhenden Besitz entschieden.

Das Alter und der Titel des Besitzes bilden daher keineswegs die unmittelbare Grundlage der Klage in poss. ordin., sondern kommen nur als Momente zur Begründung eines mittelbaren künstlichen Beweises (durch Präsumtionen) für die Fehlerfreyheit eines gegenwärtigen Besitzes in Betracht[4]), — und zwar auch in dieser Eigenschaft nur dann, wenn jede Partey eine Reihe von Besitzhandlungen für sich angeführt und dadurch die Entscheidung der Frage, welche von ihnen sich in dem gegen-

---

[4]) Dieses ergibt sich nicht nur aus dem Umstande, daß die angeführte Entscheidung des Pabstes Innocenz III. in dem Titel: De probationibus vorkommt, sondern auch aus den dieser Entscheidung vorausgeschickten Gründen selbst. Denn ausdrücklich heißt es: „Per quod patet, quod si commune Fauent. a L—annis (et) citra, sicut videntur testes eorum deponere, aliqua servitia in locis perceperit supra dictis, illa proculdubio sine justo titulo percipere incepit, cum duo insimul eandem rem et eodem modo in solidum possidere non possint" und später wieder: „cum ergo constet Fauentin, ab eo tempore, quo se possedisse probare contendunt, minus juste, ac sine titulo aliqua in praedictis locis temeritate propria occupasse etc."

wärtigen fehlerfreyen Besitze befinde, zweifelhaft gemacht hat [5])

Obgleich nun Dieses der wahre Sinn der angeführten Stelle des canonischen Rechtes ist [6]), so haben doch die meisten älteren Practiker [7]) ein eigenes, dem Röm. Rechte unbekanntes Rechtsmittel daraus abgeleitet, welches gewissermassen ein Mittelding zwischen posses. und petitor. bilden, und auf dem Grundsatze beruhen soll, daß, so wie im summar. der jüngste, wenn auch unrechtmäßige, so hier nur der ältere und rechtmäßige (possessio antiquior et titulata) geschützt werde; eine Ansicht, welche ungeachtet ihrer Unrichtigkeit

---

5) Denn gerade ein Fall dieser Art wird in dem Cap. 9. De prob. vorausgesetzt. Wenn eine Parten den gegenwärtigen Fehlerfreyen Besitz direct nachzuweisen vermag, so ist es nicht nothwendig, jene aus dem Alter und dem Rechtstitel abgeleiteten Präsumtionen zu Hülfe zu nehmen.

6) Vergl. darüber besonders v. Savigny Recht des Bes. 5te Aufl. S. 586 flg. — Albert a. a. O. §. 95.

7) I. H. Boehmer I. E. P. lib. II. Tit. XII. §. 7. (possessio antiquior et qualificata) — Leyser med. sp. 499. med. 6 et 7 — Claproth a. a. O. §. 235. — Danz a. a. O. §. 58. — Gönner im Hdb. Bd. IV. Abh. 81. §. 15. S. 439. vergleicht, gestützt auf die gewöhnliche Ansicht der Praxis, das poss. ordin. mit der Publiciana actio. — Ueber die Entstehung der in der Praxis herschenden Meinung s. Mittermaier a. a. O. S. 214.

doch selbst in mehrere teutsche Proceßordnungen übergegangen ist [8]).

§. 69.

Fortsetzung.

Aus der bisherigen Darstellung ergeben sich folgende nähere Bestimmungen:

I. Das Urtheil in poss. ordinar. enthält nicht, wie das s. g. Manutenenzdecret in summar. eine bloß provisorische Verfügung, sondern ist als Definitiverkenntniß über den Besitzstand zu betrachten. — Daher genügt hier nicht eine bloße Bescheinigung, sondern es wird ein vollständiger Beweis erfordert [1]). Auch läßt man aus demselben Grunde, obwohl gegen die Bestimmung des Röm. Rechts [2]), wider das Urtheil ordentliche Rechtsmittel mit der Suspensivwirkung zu [3]).

---

[8]) Z. B. in dem Cod. jud. bav. cap. 3. §. 4. in annot. lit. a., wo wenigstens das Alter des Besitzes als ein nothwendiger Bestandtheil des Klagegrundes in poss. ordin. angeführt ist.

[1]) Danz a. a. O. §. 58. — Mittermaier a. a. O. S. 216. Nro. 5. — Süptiz S. 136. a. E.

[2]) c. un C. Si de mom. poss. fuerit appell. (7. 69.) Albert a. a. O. §. 139. flg. — Claproth §. 238.

[3]) Boehmer Diss. De vero usu remed. poss. ord. et summ. cap. I. §. 8. et 9.

II. Da aber das Verfahren doch nur die Regulirung des Besitzes zum Zwecke hat, so ist die Einmischung petitorischer Gründe, in so fern diese nicht etwa bloß zur Herstellung eines künstlichen Beweises der Vitiosität des gegenseitigen Besitzes angeführt werden [4]), auch hier unstatthaft [5]). Dagegen können aber hier alle Einwendungen gegen die Fehlerfreyheit des Besitzes angebracht werden, sie mögen nun sogleich liquid seyn oder noch eines weiteren Beweises bedürfen [6]).

III. Wer in poss. summar. unterliegt, dem steht das poss. ord. noch offen, weil jenes nur ein Provisorium ist, wodurch keiner Partey, weder in Ansehung des Rechtes noch des Besitzes präjudicirt werden soll [7]). — Wer aber

---

4) S. den vorigen §. — Gewöhnlich kömmt hiefür der Ausdruck vor: „pro coloranda possessione."

5) Danz §. 58. — Nur dann, wenn eine petitorische Einrede sofort liquid ist, hält man sie zur Abkürzung der Sache für zuläßig. — Süptitz §. 82. not. 10. — Mittermaier S. 216. Nro. 4. — Linde §. 343. not. 10.

6) Claproth §. 237. — Mittermaier a. a. O. Linde §. 343. not. 9. — Daß auch solche dilatorische Einreden zugelassen werden müssen, welche sich auf das Wesen des Processes beziehen, versteht sich von selbst.

7) C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 21. §. 3. a. E.

IV. in poss. ordin. zurückgewiesen wird, der kann noch in petitorio auftreten, weil hier eine ganz andere Frage den Gegenstand des Streites bildet, als die, worüber in possessorio entschieden worden ist [8]). — Uebrigens ist es

V. keineswegs immer nothwendig, daß dem poss. ord. das summar. vorausgeht, sondern, wenn keine Gewaltthätigkeiten zu besorgen sind, so kann das Verfahren sogleich auf die vollständige Verhandlung des interd. uti possid. ausgedehnt werden.

VI. Das Verfahren soll nach den Regeln des unbestimmt summarischen Processes geleitet werden. Allein in der Praxis werden Streitigkeiten dieser Art häufig in den Formen des ordentlichen Processes verhandelt [9]).

---

8) Gewöhnlich wird dem unterliegenden Theile das petitorium in dem possessorischen Erkenntnisse ausdrücklich vorbehalten. Wenn aber dieses auch nicht geschehen seyn sollte, so würde dem Uebergange zu dem petitor. doch kein Hinderniß entgegenstehen, weil aus dem vorigen Urtheile die exceptio rei judicatae gegen die neue Klage nicht abgeleitet werden könnte. Danz §. 58. not. G. — Süptitz S. 137 ob. — Mittermaier S. 216. Nro. 6. — Mehr hierüber wird unten bey der Darstellung des Verhältnisses der possessor. Proc. zu dem petitor. noch vorkommen.

9) Danz §. 58. a. E. — Martin §. 259. not. e. Vergl. jedoch Mittermaier S. 215 Nro. 2. und Linde §. 343. not. 4. — In Beziehung auf das Interd. Utrubi ist eine schnellere Verhandlung der Sache schon im neue-

§. 70.

e) Verfahren bei den interdictis adipiscendae possessionis.

Um die Eigenthümlichkeiten dieses Verfahrens genauer[1]) angeben zu können, müssen die hieher gehörigen Rechtsmittel getrennt werden[2]). Was nun

I. das s. g. remed. ex l. ult. Cod. De edicto D. Hadriani toll. (6. 33.) betrifft, so beruht dasselbe auf

---

ren Röm. Rechte anbefohlen c. 14. C. De agricol. (11. 47.)

[1]) Gewöhnlich wird in Bezug auf die remed. adip. poss. nur im Allgemeinen bemerkt, daß dieselben in der Form des unbestimmten summarischen Processes verhandelt werden; Allein unbedingt ist nicht einmal diese Bemerkung richtig. — Vergl. Danz §. 53. — Süptiz Lehrb. §. 89.

[2]) Die hier folgende Darstellung beschränkt sich jedoch nur auf die wichtigeren Rechtsmittel dieser Art. Hinsichtlich der übrigen ist nachzusehen Claproth Einl. in die summ. Processe §. 201. flg. (interd. quod legator.) §. 206. flg. (missio in poss. quae ventri datur.) §. 217. miss. in poss. quae furios. datur. — v. Löhr im neuen Mag. für Rechtswissenschaft u. Gesetzg. Bd. I. S. 451. flg. (missio ex edicto Carbon.) — fr. 67. D. 36. 1. (ad Sct. Trebell.) — (interdict. fraudatorium) S. noch v. Savigny Recht des Besitzes 5te Aufl. S. 414 u. 415. v. Löhr im Arch. f. c. Pr. Bd. XII. Hft. 1. S. 91 flg. Hugo Rchtsgsch. 10. Aufl. S. 609.

dem Grundsatze, daß der Erbe, welcher ein äußerlich fehlerfreyes Testament vor der competenten Obrigkeit vorzeigt, auf Einweisung in den Besitz derjenigen Sachen antragen kann, welche sich zur Zeit des Todes des Testators noch in dessen Händen befanden. — Meldet sich dabey kein contradictor, so hat das Verfahren keine Schwierigkeit, und es gehört in diesem Falle eigentlich gar nicht hieher. Wie es aber dann gehalten werden soll, wenn ein Gegner vorhanden ist, darüber sind wegen der Unbestimmtheit der Ausdrücke in der c. 3. cit. die Meinungen getheilt. In der Praxis[3]) wird gewöhnlich die Analogie des Executivprocesses zu Hülfe genommen[4]), also der Beklagte mit allen Einwendungen, welche eine weitläufigere Untersuchung nothwendig machen würden, (except. altioris indaginis) zur besonderen Ausführung verwiesen[5]). Den Worten der Constitution scheint es aber mehr zu entsprechen, wenn man alle Einwendungen, welche nicht

---

[3]) Leyser med. spec. 500. med. 7 et 8. — Boehmer de action. Sect. II. cap. III. §. 5. Diese Ansicht ist auch in das bayer. Recht übergegangen. Cod. Maximil. civ. Th. III. Cap. 1. §. 10. Nr. 5.

[4]) Passend ist übrigens der Gesichtspunkt des Executivprocesses auf den gegenwärtigen Fall keineswegs. S. oben §. 42.

[5]) Dem contradictor bleibt es nämlich unbenommen, wenn er ein besseres Erbrecht zu haben glaubt, gegen den missus nachher mit der hered. petitio aufzutreten.

einen sichtbaren Fehler des Testaments selbst betreffen [6]), — sie mögen nun schleunig erwiesen werden können oder nicht, gänzlich ausschließt.[7]). Gegen die richterliche Verfügung, welche die missio ertheilt, soll nach Röm. Rechte keine Appellation Statt finden. [8]).

§. 71.

Fortsetzung.

II. Das interdictum quorum bonorum wird gewöhnlich als dasjenige possessorische Rechtsmittel angesehen,

---

[6]) Denn, in so fern eine Einwendung dieser Art gegründet ist, darf die Besitzeinweisung ohnehin nicht erfolgen. — Auch ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der contradictor gehört werden muß, wenn er seiner Seits auch ein fehlerfreyes und zwar ein neueres Testament, als der Implorant aufweisen kann. — Giphanius Explan. leg. Cod. T. II. p. p. 114.

[7]) Denn in C. 3. cit. wird auch im Falle einer contradictio nicht gesagt, daß die missio aufgeschoben werden soll, sondern sie wird vielmehr als geschehen vorausgesetzt. — S. v. Savigny in der Zeitschrift Bd. VI. Heft I. u. II. S. 233. not. 1.

[8]) Fr. 7. pr. D. 49. 5. (De appellat. recip. vel non). — c. 6. C. 7. 65. (Quorum app. non recip.) — In der Praxis wird aber diese Beschränkung häufig nicht beobachtet. Claproth §. 199.

durch welches sich der Erbe [1]), gestützt auf eine Bescheinigung seines Erbrechtes schnell zu dem provisorischen Besitze der Erbschaftssachen verhelfen kann [2]). — Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels in processualischer [3]) Hinsicht soll demnach darin bestehen, daß 1) der

---

[1]) Man unterscheidet dabey nicht einmahl zwischen heres und bonorum possessor. obgleich nach Röm. Rechte nur der Letztere, und der heres nur in so fern, als er auch die B. P. agnoscirt hatte, von dem Interdicte Gebrauch machen konnte — Gaj. III. §. 34. IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15 — Coll. L. Mos. et Rom. tit. 16. §. 3. Nicht dagegen ist c. 1. C. 8. 2 (Quorum bonor.) S. v Löhr im Arch. für die civ. Prax. S. 99. not. 32.

[2]) Lauterbach Colleg. lib. XLIII. Tit. II. §. 3. 9. — Leyser Med. spec. 500. — Boehmer De action. Sect. II. cap. 3. §. 3 et 4. — Claproth a. a. O. §. 192 flg. Höpfner Comment. §. 1209 und 1210. Leyser, a. a. O. med. 5, erklärt sogar das remed. ex l. ult Cod De edicto D. Hadriani toll. nur für eine specielle Anwendung des Grundsatzes, auf welchem das int. quor. bon. beruht.

[3]) Die übrigen, nicht processualischen Eigenthümlichkeiten des Interdicts gehören zunächst nicht hieher. — S. darüber besonders v. Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. V. Heft I. Nro. 1. und Bd. VI. Heft I. u. II. Nro. 3. S. 228. flg. — Dagegen aber, und zwar gegen die erste Abhandlung, Thibaut im Arch. für civ. Praxis Bd. X. Heft III. S. 456. flg. — Gegen beyde Abhandlungen v. Löhr

Kläger hier nicht, wie bey der hered. petitio sein Erbrecht vollständig zu beweisen, sondern nur wahrscheinlich zu machen braucht [4]); und 2) daß der Beklagte, wenn er die Behauptung eines ihm zustehenden besseren Erbrechtes nicht alsogleich darzuthun vermag, damit nicht gehört, sondern in das nachfolgende Petitorium verwiesen werden soll.— Allein wenn man auch dieser Ansicht in Folge des für sie sprechenden vieljährigen Gerichtsgebrauches die Anerkennung nicht versagen kann [5]), so ist dieselbe doch gewiß im Röm. Rechte nicht vollständig begründet. Nur Das läßt sich nicht läugnen, daß 1) das interd. quorum bonorum schon nach Röm. Rechte bloß auf Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen gerichtet war [6]); 2) daß durch die Behauptung des Beklagten, ein besseres Erbrecht zu haben, die Wirksamkeit

---

ebenfalls im Arch. für civ. Prax. Bd. XII. Heft I. Nro. 6. S. 85. flg.

[4]) Schon die Glosse zu C. 1. C. 8. 2. (quor bon.) sagt: „in quo (interdicto) summatim cognoscitur, an sit heres vel bonorum possessor.“

[5]) v. Savigny Zeitschr. Bd. V. Heft I. S. 25.

[6]) Gaj. IV. §. 144. — §. 3. J. 4. 15. und Theophilus zu diesem §. — Daher auch Fr. 2. D. 43. 2 (Quor bon.) S. v. Löhr a. a. D. S. 94. und 95. auch S. 102. flg.

des Interdicts nicht vereitelt wurde [7]), und 3) daß man auch im neueren Rechte noch von der Ansicht ausging, daß das Verfahren bey diesem Interdicte überhaupt beschleuniget werden soll [8]). Gerade der Hauptsatz aber in

---

7) v. Löhr a. a. O. S. 109. und S. 115. — Hugo Rechtsgeschichte 10te Aufl. S. 554. Z. 19. bis 24.

8) c. 22. C. Th. 11. 36. (Quorum app. non recip.) „In interdicto quorum bonorum cessat libertas provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdetur injuriis tarditatis." Offenbar will Valentinian mit diesen Worten nicht bloß die historische Bemerkung machen, daß es bey der ursprünglichen Einführung des Interdicts auf Beschleunigung abgesehen war, sondern er gibt zu erkennen, daß auch zu seiner Zeit noch, — also nach dem Verschwinden des ordo judic. — bei diesem Interdicte schneller verfahren werden soll. — In den Justinian. Codex ist zwar diese Constitution nicht aufgenommen, allein die Analogie der Bestimmung in Bezug auf das Verfahren bey anderen Interdicten (Thibaut a. a. O. S. 468 flg. und vergl. damit Fr. Puchta in den Erlanger Jahrb. Bd. IX. (der ganzen Folge) Heft I. S. 14) und selbst die Worte „omnibus frustrationibus amputatis" in der c. 3. C. Iust 8. 2. (Quorum bonor.) lassen mit hoher Wahrscheinlichkeit annehmen, daß auch zu Justinians Zeit das interdict quorum bonorum noch schleuniger verhandelt werden sollte. — S. Mühlenbruch Entwurf S. 237. u. 251. v. Löhr a. a. O. S. 97. Nro III. — v. Savigny Zeitschr. Bd. VI. S. 256. ist im Grunde genommen auch nicht gegen

der gewöhnlichen Theorie, nämlich, daß der Kläger sein Erbrecht nur zu bescheinigen brauche, hat das Römische Recht ausdrücklich gegen sich [9]).

---

diese Ansicht; nur will derselbe die allgemeine Vorschrift, eine Sache soviel als möglich zu befördern, nicht als gleichbedeutend mit der Vorschrift eines summarischen Verfahrens gelten lassen. S oben S. 164. not. 4. — Daß übrigens durch die c. 22. C. Th. 11. 30 nur der Appellation der Suspensiveffect entzogen, also doch noch dem Rechtsmittel der Supplication Raum gelassen werden sollte, ist wegen der analogen Bestimmung der c. un. C. Th. Si de momento fuerit appell. sehr wahrscheinlich, obgleich sich der allgemeine Satz, daß die Supplication, — nicht bloß gegen die sentent. Praef. Praet., sondern gegen alle nicht appellablen Urtheile gewöhnlicher Richter Statt gefunden habe, aus der hiefür angeführten c. un. (bey Wenck. c. 3.) C. Th. 1. 5. (De off. Pr. Pr.) eben so wenig, als aus andern Stellen mit Bestimmtheit nachweisen läßt. — Vergl. Fr. Puchta in den Erl. Jahrb. a. a. O. S. 10. u. 17. — Zimmern Gesch. des R. Privatr. Bd. III §. 173. a. E u. §. 177. not. 14.

9) c. 1. C. 8. 2. (Quorum bonor.) „Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris." — v. Löhr a. a. O. S. 106. flg. — v. Savigny Zeitschr. Bd. VI. S. 259. flg.

§. 72.

Fortsetzung.

III. Ganz auf dieselbe Art, wie über das interd. quorum bonor. erklären sich die Practiker auch über das Salvianum interdictum [1]). — Nämlich um den Besitz der verpfändeten Sachen zu erlangen, soll der Pfandgläubiger sein Recht nur zu bescheinigen brauchen; alle weitaussehenden Einreden dagegen sollen in das Servianum judicium oder überhaupt in das Petitorium verwiesen werden [2]). Allein, wenn sich auch nicht läugnen läßt, daß das Salv. interd. nur ein

---

[1]) Leyser Med. spec. 511. med. I. et II. — Höpfner Comment. §. 1214. nro. 3. — Claproth a. a. O. §. 230.

[2]) Gewöhnlich beruft man sich zur Unterstützung dieser Ansicht auf fr 2. D. De Salv. interd. (43. 33) womit zu vergleichen ist Fr. 1. §. 1. D. eod. Allein Ulpian spricht hier von einem singulären Falle. Setzt man den gewöhnlichen Fall voraus, nämlich daß das Salvianische Interdict gegen den Schuldner selbst gebraucht wurde, so erscheint die ganze Entscheidung, und insbesondere der Schlußsatz: „et erit eis descendendum ad Servianum judicium," auf welchen doch gerade das meiste Gewicht gelegt wird, als unpassend. — Dem Schuldner hätten (der gewöhnlichen Ansicht zu Folge) seine illiquiden Einreden zur besondern Ausführung vorbehalten werden müssen, allein davon ist weder in dieser, noch in irgend einer andern Stelle die Rede. — Von dem Verhältnisse des S. J. zu der Serv. act. wird übrigens später noch gehandelt werden.

possessorisches Rechtsmittel[3]), und in dieser Hinsicht auf jeden Fall[4]), von der Serviana actio verschieden ist; — ja, wenn man auch aus diesem Grunde zugeben muß, daß sich jenes Rechtsmittel zur summarischen Verhandlung eignet[5]); so folgt doch weder aus dem Einen, noch aus dem Andern, daß auch ein unvollständiger Beweis in diesem Verfahren schon hinreicht[6]), und eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift für diesen Satz kann ohnehin nicht angeführt werden.

---

3) Cajus IV. §. 147. — §. 4. J. 4. 15. — Theophil, in paraphr. ibid — Fr. 2. §. 3. D. De interd. — v. Löhr, Ueber das int. quor. bon. im Arch. f. c. Praxis. Bd. XII. Hft. I. S. 92.

4) Denn daß auch in andern Beziehungen, insbesondere in Ansehung des Beklagten — Abweichungen Statt finden, gehört zunächst nicht hieher. Vergl. darüber: Zimmern in der Zeitschr. v. Linde, Marezoll und Wening-Ingenheim Bd. I. Hft. 1. S. 54 — 56. S. Thibaut im Arch. f. civ. Pr. Bd. XI. Hft. 1. S. 123. — Zimmern ebendas. Bd. XI. Hft. III. S. 345. flg.

5) Denn da in den übrigen Interdictfällen Beschleunigung anempfohlen wird, so darf man diese Vorschrift wohl auch in Beziehung auf das Salv. interd. gelten lassen.

6) Denn es liegt ganz und gar nicht in dem allgemeinen Begriffe einer summarischen Verhandlung daß der Kläger seine Behauptungen hier nur wahrscheinlich zu machen und nicht gehörig zu beweisen habe. S. v. Savigny in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Heft I. u. II. S. 230. flg — Fr. Puchta in den Erlanger Jahrb. Bd. IX. Hft. I. S. 14.

§. 73.

f) Verhältniß des possessorischen Streites zu dem petitorischen.

aa. Zuläßigkeit des Ueberganges von dem Possessorium zu dem Petitorium.

Hierüber gelten nach gemeinem Rechte folgende Grundsätze:

I. Demjenigen, der im possessorischen Processe unterliegt steht es in der Regel immer noch frey, mit einer petitorischen Klage aufzutreten. Denn diese hat jedesmahl einen anderen Zweck[1]), und beruht gewöhnlich auch auf einem anderen Grunde, als die possessorische Klage. Es kann daher aus dem Urtheile in possessorio nicht die except. rei judicatae gegen die Klage in petitor. abgeleitet werden[2]), und nur in dieser Einrede könnte man ein rechtliches Hinderniß jenes Ueberganges suchen. In Bezug auf die remedia recup. possess. ist dieser Grundsatz unbestritten anerkannt; — eben so in Ansehung der interd. retinendae possessionis, mit Ausnahme des Interdicts de itinere actuque reficiendo, welches auch schon den Beweis des Rechtes

---

[1]) Selbst bei denjenigen Interdicten, welche nach fr. 2. §. 2. De interd. „proprietatis causam continent," ist doch immer in Ansehung des Zweckes wenigstens der Unterschied nicht zu läugnen, daß es dabey nicht zunächst auf Anerkennung des Rechtes abgesehen ist.

[2]) Fr. 14. §. 3. D. 44. 2. (De except. R. J.) — S. noch c. 7. X. 2. 12. — J. H. Boehmer J. E. P. lib. II. Tit. XII. §. 12.

selbst voraussetzt, und die Zuerkennung dieses Rechtes mit zum Zwecke hat, weshalb freylich dem bey diesem Interdicte Unterliegenden nach den Grundsätzen der exc. R. J. der Gebrauch der petitorischen confessoria actio nicht mehr zustehen kann[3]). — Dagegen bey dem interd. quorum bonorum und bey dem Salvian. interd., welche beyde remed adip. poss. sind, ist die Anwendbarkeit des aufgestellten Grundsatzes bezweifelt worden, weil hier schon in posessorio die nämliche Streitfrage erörtert und entschieden werden müsse, welche den Gegenstand des nachfolgenden Streites in petitorio (bey der hered. petit. oder dem Servianum judicium) ausmachen würde[4]). — Allein

[3]) v. Savigny Recht des Bes. 5te Aufl. S. 545 flg. und in der Zeitschrift für gesch. R. W. Bd. VI. Hft. I. und II S. 270. — Wenn sich übrigens eine Partey schon in possess. ordinario auf die Anführung und den Beweis des Rechtstitels eingelassen hätte, (wie Dieses nach der obigen Darstellung zuweilen geschehen kann), aber dessenungeachtet unterlegen wäre, so könnte es ebenfalls zweifelhaft scheinen, ob ihr das petitorium noch offen stehe? — Da jedoch auch in diesem Falle die Hauptstreitfrage jetzt eine andere ist, als in poss. und, da es möglich ist, daß die Partey in dem ordinar., wo der Rechtstitel doch nur pro coloranda possessione angeführt wurde, nicht alle ihr darüber zu Gebote stehenden Beweise benützte, so läßt man den Uebergang zur petitorischen Klage auch hier zu.

[4]) v. Savigny in der Zeitschr. Bd. VI. Hft. I. u. II. S. 266. flg. — Zimmern im Arch. f. civ. Praxis, Bd. XI. Hft. 3. S. 350.

bey dem interd. quorum bonorum dürfte dieser Zweifel doch wohl nicht begründet seyn.[5]).

[5]) Denn Fr. 14. §. 3. D. 44. 2. (D. exc. R. I.) sagt ganz allgemein: „Si quis interdicto egerit de possessione, postea in remagens non repelliturper per exceptionem, quoniam in interdicto possessio in actione proprietas vertitur" Dieses Fragment nur von dem interdict. de vi und der R. V. zu verstehen, dazu ist doch kein hinreichender Grund vorhanden. — S. v. Löhr im Arch für civ. Pr. Bd. XII. Heft 1. S. 103 not. 75. — In eben dieser Abhandlung hat übrigens v. Löhr auch nachgewiesen, daß bey der hered. petit. keineswegs immer eadem quaestio revocatur, welche den Gegenstand des Streites mit dem Interdicte ausmachte. A. a. D. S. 103. — Die c. 3. C. 8. 2. (Quor. bonor.) möchte ich zwar nicht als eine Beweisstelle für die hier vertheidigte Meinung anführen, denn die Auslegung, welche von Savigny in der Zeitschr. Bd. VI. Heft I. u. II. S. 251. flg. von den Schlußworten dieser Constitution gegeben hat, scheint mir immer noch befriedigender zu seyn, als die entgegengesetzte (Arch. für civ. Pr. Bd. XII. Heft I. S. 105). Allein, wenn man auch jene Auslegung für die richtige hält, so beweist doch die Stelle nichts gegen die Zuläßigkeit der hered. petit nach verhandeltem interd. quor. bon. — Bei dem Salvian. interd. dagegen ist allerdings sehr zu bezweifeln, ob Derjenige, der nach der vollständigen Verhandlung des Interdicts rechtskräftig abgewiesen wurde, noch mit der Serviana oder quasi Serv. actio auftreten könne. Denn, da der Kläger schon in dem Verfahren über das Interdict sein Pfandrecht nach Röm. Rechte nicht etwa bloß bescheinigen, sondern vollkommen be=

§. 74.

Fortsetzung.

II. Der Uebergang von dem Poss. zu dem Petit. ist jedoch dadurch bedingt, daß Derjenige, welcher in dem ersteren unterlegen ist, vorher dem im possessorischen Streite ergangenen Urtheile Genüge leisten muß, indem der Gegner früher nicht schuldig ist, sich auf die Klage in petitorio einzulassen [1]).

III. Da eine Partey selbst dann, wenn sie in dem possessorischen Processe unterlegen ist, noch zu dem

---

weisen muß, so scheint die Streitfrage in petitorio nie eine andere seyn zu können, als in possess. Das dagegen angeführte Fr. 2. D. (De Salvian. interd.), — so wie Fr. 1. §. 1. D. eodem. dürfte kaum im Allgemeinen für das Gegentheil entscheiden. — Denn auch abgesehen davon, daß diese beyden Stellen von einem ganz singulären Falle sprechen, in welchem Verhältnisse eintreten konnten, die sonst gar nicht möglich waren, beruhte hier die Abweisung des Klägers nicht darauf, daß er etwa die Erfordernisse des Interdicts nicht nachzuweisen vermochte, sondern vielmehr auf der Ansicht, daß durch den Satz „in pari causa melior est conditio possidentis“ selbst die Wirksamkeit des Interdicts aufgehoben werde; m. a. W. das Serv. jud. wird zugelassen, weil in diesem besonderen Falle das Interdict gar nicht Statt fand. — v. Savigny in der Zeitschr. Bd. VI. S. 268. — A. M. ist v. Löhr im Arch. für civ. Prax. Bd. XII. Heft I. S. 92.

[1]) Böhmer J. E. P. lib. II. Tit. XII. §. 12.

Petitorium übergehen darf, so muß es ihr noch vielmehr gestattet seyn, das noch unvollendete Possessorium aufzugeben, und nun die petitorische Klage anzustellen; vorausgesetzt, daß dem Gegner die durch die bisherigen Verhandlungen verursachten Kosten ersetzt werden.

§. 50.

bb. Zuläßigkeit des Ueberganges von dem Petitorium zum Possessorium.

Die Frage, ob Derjenige, welcher auch ein possessorisches Rechtsmittel hätte gebrauchen können, aber mit Vernachläßigung desselben sogleich in petitorio aufgetreten ist, von diesem noch vor der Entscheidung abstehen, und nun possessorisch klagen dürfe, ist nach Röm. Rechte wenigstens in Beziehung auf interdicta recuperandae und retinendae possessionis gewiß zu bejahen[1]). Das

---

[1]) Fr. 18. §. 1. D. 43. 16. (De vi et vi armata) „Eum, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri pendente judicio nihilo minus interdicto recte agere placuit.“ — Fr. 12. §. 1. D. 41. 2. (De adquirend. vel. amitt. possess.) „Nihil commune habet proprietas cum possessione; et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit.“ — Bey dem Uebergange von der Vindic. zu einem interd. retin. possess. scheint freylich der Kläger mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, weil er als Vindicant

canonische Recht gestattet aber einen solchen Rücktritt nur bey remediis recuperandae und adipiscendae possessionis, und auch hier nur in so fern, als in dem petitorischen Streite die conclusio causae noch nicht erfolgt ist; es wäre denn, daß der Richter aus besonders erheblichen Gründen die Zulassung eines solchen Uebertrittes auch jetzt noch billig fände[2]). — Nach der definitiven Entscheidung des petitorischen Processes wollen übrigens die Practiker nach dem Grundsatze „petitorium absorbet possessorium" eine possessorische Klage gar nicht mehr zulassen[3]). Allein diese Ansicht ist gewiß nicht allgemein, sondern nur dann zu rechtfertigen, wenn in dem petitorischen Urtheile einer Partey das in Frage stehende Recht wirklich zuerkannt wurde[4]).

---

zugab, daß sich der Gegner im Besitze befinde, als Kläger in possessorio aber nun doch behauptet, selbst noch Besitzer zu seyn. Allein die Römischen Juristen glaubten wegen der Möglichkeit eines Irrthums des Klägers aus der Anstellung der vindic. noch keine Entsagung auf den Besitz folgern zu dürfen. S. v. Savigny Recht des Bes. 5te Aufl. S. 39. 380. u. 423. — Vergl. meine Abhandlung über die Aenderung des Klaglibells. Landshut 1819. S. 74. u. flg.

[2]) c. 5. X. 2. 12. (De causa possessionis et proprietatis)

[3]) Lauterbach Colleg. th. pr. lib. XLIII. Tit. I. §. 16.

[4]) Denn, wenn zwar in petitorio rechtskräftig entschieden, aber wegen mangelnden Beweis keiner Partey das Recht zuerkannt, sondern der Kläger abgewiesen worden

§. 76.

cc. Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites.

Eine Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites läßt sich auf doppelte Art denken; entweder 1) so, daß der Kläger in demselben Klagevortrage Besitz und Recht zugleich verfolgt; — oder 2) so, daß zwar der Kläger nur eines von beyden zum Gegenstande seiner Intention macht, aber der Beklagte auch das andere hereinzieht. —

---

ist, so ist nicht abzusehen, warum der abgewiesene Kläger nicht mehr mit einer possessorischen Klage sollte auftreten können, da doch in der Regel eine ganz andere Streitfrage eintreten, und folglich die exceptio R. J. nicht Statt finden wird. — Auch glaube ich nicht, daß gegen diese Ansicht aus c. 5. X. 2. 12. ein entscheidendes Argument abgeleitet werden kann, da diese Stelle nur von dem Falle spricht, wenn der Kläger noch vor der Entscheidung des Rechtsstandes, die possessorische Frage auf die Bahn bringen will, und da in den Schlußworten derselben dem arbitrium judicis ein so freyer Spielraum gelassen wird, daß, — wenn man auch die vorausgehende Bestimmung auf den Uebergang zum Possessorium nach entschiedenen Petitorium ausdehnen würden, — der Richter doch gewiß in den meisten Fällen die Zulassung der possessorischen Klage vollkommen rechtfertigen könnte.

Die Zuläßigkeit einer Cumulation der ersten Art läßt sich zwar im Röm. Rechte nicht nachweisen [1]); allein schon einige Glossatoren waren in dieser Hinsicht anderer Meinung [2]), und so kam es, daß das canonische Recht mit ausdrücklicher Beziehung auf das Römische [3]) die Verbindung possessorischer

---

[1]) Gewöhnlich wird angenommen, das Röm. Recht enthalte geradezu ein Verbot dieser Cumulation in c 3. C 8. 1. (De interdictis). — c. 13. C. 3. 32. (De Rei vindic). — c. 1. C. 7. 62. (De appell.) — S. Boehmer I. E. Pr. lib. II. Tit. XII. §. 1. sq. — Allein diese Stellen scheinen vielmehr eine Cumulation der zweyten Art, nämlich den Fall vorauszusetzen, wo der Kläger nur possessorisch klagte, der Beklagte aber seiner Seits entgegensetzte, daß ihm das Recht zustehe. — Eine Stelle, worin ausdrücklich von einer Cumulation der hier in Frage stehenden Art die Rede wäre, findet sich nicht. — Das Fr. 18. §. 1. D. 43. 16. (De vi et vi arm.) handelt nicht von einer gleichzeitigen Verbindung des Interdictes mit der R. V., sondern entscheidet nur die Frage, ob Derjenige, welcher außer der R. V. auch das int. unde vi hätte anstellen können, aber die Vindication gebrauchte, nachher pendente judicio noch mit dem Interdicte auftreten dürfe? — Dasselbe gilt auch von dem Fr. 12. §. 1. D. 41. 2. (De adquirt vel. amm. poss.) in Ansehung des interd. uti possid.

[2]) Vergl. die Glosse zu Fr. 18. §. 1. D. 43. 16. wo gegen Azo die Meinung vertheidiget wird, nach dieser Stelle könne der Kläger „petitorium et possess. recup. poss. simul intentare."

[3]) c. 2. X. 2. 12. (De causa poss et propriet.) „Cum hoc sit in jure civili expressum, quod licite

und petitorischer Anträge gestattete[4]). Nur die Cumulation eines interd. retinendae possess. mit der Eigenthumsklage scheint für unzuläßig erklärt zu seyn,[5]) weil sich die Voraussetzungen dieser beyden Rechtsmittel einander widersprechen. — Die Praxis ging gewissermaßen noch weiter, als das canonische Recht, indem sie auch eine,—wenigstens eventuelle Verbindung der Vindication mit dem interd. retin poss. zuließ[6]); — ja sogar den Richter ermächtigte, ohne aus-

---

possit fieri." — Die Stellen des Codex, (s. oben Not. 1.), welche gerade das Gegentheil zu verordnen scheinen, suchten schon die Glossatoren, welche nicht Az'os Meinung theilten, — dadurch zu beyseitigen, daß sie dieselben nur von interdictis retinend. poss. verstanden. S. die Glosse zu c. 13. Cap. 3. 32. (De R. V.)

4) c. 2. X. cit. „ad ultimum interrogati fuimus, si judices deputati, ut de possessione et proprietate cognoscant grauibus partium sumtibus parcere cupientes, de utraque commixtim audiant allegationes, pariter et testes admittant etc. quod licite possit fieri respondemus. c. 6. X. eod.

5) c. 5. X. 2. 12. „Aliis possessoriis judiciis (unmittelbar vorher sind die judicia de recuperanda seu adipiscenda possess. genannt) in suo robore duraturis, quae vindicationem dominii sui natura praecedunt" Boehmer l. c. §. 2. — Gönner, Hdb. Bd. IV. Abh. 81. §. 19.

6) Pufendorf Observ. T. II. Obs. 120. — Daß übrigens, wenn das possessor. summariis. mit dem Petitorium cumulirt werden sollte, das erste durch die Verhandlung des letztern nicht aufgehalten werden könne, ergibt sich schon aus der Natur und dem Zwecke des poss. summar.

drücklichen Antrag des Klägers ein petitorisches Urtheil zu fällen, wenn nur während des possessorischen Processes hinreichende Materialien zur Aufklärung des Rechtsstandes zu den Acten gekommen wären[7]). — Diese letztere Ausdehnung ist jedoch gewiß nicht zu rechtfertigen, und widerspricht nicht blos der Verhandlungs-Maxime, sondern gefährdet auch das Recht des Beklagten auf vollständige Vertheidigung.

§. 77.

Fortsetzung.

Was die zweyte Art der Verbindung des Petitoriums mit dem Possessorium betrifft (§. 76. Nro. 2), so ist in dieser Hinsicht nach Röm. Rechte als Grundsatz anzunehmen, daß, wenn der Beklagte dem possessorischen Anspruche des Klägers einen selbstständigen[1]) petito-

---

7) Mev. Dec. P. VI. Dec. 100 — Leyser Med. spec. 468. med. 31. et spec. 499. med. 4 et 5. — Pufendorf Obs. T. II. med. 113.

8) Denn, wenn der Kläger sogleich Anfangs schon ausdrücklich auch einen petitorischen Antrag gestellt hätte, so würde vielleicht der Beklagte mit größerer Sorgfalt die zur Begründung dieses Antrages vorgebrachten Behauptungen widerlegt haben, als es in der Voraussetzung geschehen ist, jene Behauptungen seyen nur pro coloranda possessione aufgestellt worden.

1) Denn in so fern die Eigenthumsfrage in einem possessorischen Streite nur mittelbar zur Sprache kam, d. h. in so fern der Besitz selbst von dem Eigenthum oder

rischen entgegensetzt, zuerst über jenen allein verhandelt und entschieden werden müsse[2]). — Das canonische Recht drückt sich aber über die Zuläßigkeit einer Vermischung beyder Processe so allgemein aus[3]), daß man auch diese Art von Verbindung nicht geradezu für unstatthaft erklären kann. — Indessen sind doch in diesem Falle manche Modificationen zu bemerken, welche theils

---

Nichteigenthum des Gegners abhing, mußte sie allerdings schon nach Röm. Rechte zugelassen werden. — Fr. 40. §. 3. D. 41. 2. (De adquir. poss.) — Fr. 21. D. 41. 3. (De usurp.) — v. Savigny in der Zeitschr. Bd. VI. Heft I. u. II. S. 250. not. 1.

²) c. 3. C. 8. 1. (De interd.) „Incerti juris non est, orta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur," — c. 13. C. 3. 32. (De R. V.) — c. 1. C. 7. 62. (De appell.) S. oben. S. 207. not. 1.

³) c. 2. X. 2. 12. (De causa possess. et proprietat.) — Hier heißt es nämlich ganz allgemein: „si judices deputati de utraque (scil. possessione et proprietate commixtim) audiant allegationes ect." ohne ausdrücklich zu bemerken, daß eine Cumulation der doppelartigen Anträge gerade von Seite des Klägers allein vorausgesetzt werde; man muß also wohl annehmen, daß auch der Fall darunter begriffen ist, wenn zwar der Kläger nur possessorisch klagte, der Beklagte aber einen petitorischen Gegenangriff versuchte. — Eben so allgemein lauten die Ausdrücke in c. 6. X. eod.

in dem canonischen Rechte selbst, theils in dem Gerichtsgebrauche ihren Grund haben, und folgende Unterscheidungen nothwendig machen:

A. Der Kläger hat blos ein possessorisches Rechtsmittel, und zwar a) ein remed. recuperand. poss. (die s. g. Spolienklage) angestellt, und der Beklagte ist ihm mit einem petitorischen Antrage entgegengetreten. — In diesem Falle ist der Kläger nach der ausdrücklichen Vorschrift des canonischen Rechtes nicht schuldig, sich auf das Petitorium einzulassen, sondern er kann darauf bestehen, daß vor Allem der Spolienproceß verhandelt und entschieden werden soll[4]). Nur dann, wenn er sich freywillig auf die petitorische Widerklage [5]) einläßt, dürfen beyde Processe gleichzeitig verhandelt werden [6]). b) War die possessorische Klage ein interdictum retin. possess. — und der Kläger ist in poss. summariis. aufgetreten, so ist nach der Natur und dem Zwecke des p. summ. gewiß wenigstens die gleichzeitige Verhandlung einer petitorischen Widerklage ausgeschlossen [7]). Im poss. ordin. kann sich zwar der

---

[4]) c. 4. X. 1. 2. (De ordine cognitionum.) — c. 22 in f. X. 1. 29. (De offic. et pot. jud. deleg.)

[5]) Es versteht sich hieben von selbst, daß gegen eine sog. Spolienklage die Rei vindic. nur als eventuelle Widerklage möglich ist, weil sich der Beklagte im Besitze derjenigen Sache befindet, deren Eigenthümer er zu seyn behauptet.

[6]) c. IX. 2. 13. (De restitutione spoliatorum). — „consentiente illo".

[7]) Denn die Gefahr eines gewaltsamen Auftrittes, durch

Beklagte auf petitorische Gründe berufen, aber nur zu dem Zwecke, um den Besitz des Klägers als fehlerhaft darzustellen. — Eine selbstständige petitorische Widerklage sollte aber, selbst nach der Ansicht des canonischen Rechtes, auch hier nicht gestattet werden, in so fern der Beklagte ebenfalls zugleich im Besitze geschützt zu werden verlangt [8]). Die Praxis stimmt zwar hierin mit dem canon. Rechte überein [9]), kommt aber freylich dadurch mit sich selbst in Widerspruch, weil sie auf Seite des Klägers eine wenigstens eventuelle Cumulation des Petit. mit einem interd. retin poss. zuläßt [10]), also, zumahl — bey der Duplicität des interd. uti poss. — consequent auch dem Beklagten gleiches Recht einräumen sollte, bey welchem hier auch keine anderen Gründe der Unvereinbarkeit beyder Anträge vorkommen, als bey dem Kläger. War endlich c) die possessorische Klage ein interdictum adipisc. possess., so soll zwar nach canonischem Rechte dem Beklagten die Einmischung des Petitor. erlaubt werden [11]).

---

welche das summar. bedingt ist, duldet nicht, daß die provisorischen Maaßregeln durch den langsameren Gang der Verhandlungen in petitorio aufgehalten werden.

[8]) c. 5. X. 2. 12. (De causa poss. et propr.) S. oben §. 76. not. 5.

[9]) S. oben §. 69. Nro. II. — Mittermaier der gem. t. Civilpr. Beytr. IV. S. 216. — Linde Lehrb. §. 343. §. 10.

[10]) S. §. 76. not. 6.

[11]) In Folge der allgemeinen Vorschrift des c. 2. X. 2. 12. S. oben §. 3.

allein in der Praxis werden gleichwohl — namentlich bey dem remed. ex leg. ult. Cod. de edicto D. Hadriani tollendo, und bey dem interd. quorum bonor. die petitorischen Anträge zur besonderen Ausführung verwiesen[12]).

§. 78.

Fortsetzung.

B. Sollte der Kläger blos einen petitorischen Antrag gestellt, der Beklagte aber ein possessorisches Rechtsmittel und zwar a) ein auf die Behauptung[1]) einer Spoliation gegründetes gebraucht haben, so ist nach canonischem Rechte zu unterscheiden, ob der Beklagte dieses Rechtsmittel in der Form einer Einrede (exceptio spolii) oder als selbstständige Klage (mutua petitio) geltend machen will. In dem letzten Falle dürfen allerdings beyde Klagen gleichzeitig verhandelt und entschieden werden[2]). In

---

[12]) S. oben §. 70. u. 71.

[1]) Dieser Fall kann aber freylich nur dann vorkommen, wenn ein anderes als das durch die petitorische Klage streitig gewordene Object der Gegenstand der Spoliation war. Denn sonst muß sich ja der Beklagte ohnehin schon im Besitze befinden. Im c. 2. X. 2. 10. (De ord. cognit.) werden auch wirklich zwei verschiedene Objecte vorausgesetzt.

[2]) c. 2. X. 2. 10. (De ord. cognition.) „Quamquam in idem judicium ambae deductae, vicissimque tractatae, simul essent eadem sententia terminandae.“— Uebrigens muß freylich in diesem Falle der Beklagte auf

dem ersten dagegen ist der Beklagte nicht schuldig, sich auf die petitorische Klage einzulassen[3]), wenn er die behauptete Spoliation beweisen kann, was übrigens binnen 15 Tagen geschehen soll.[4]) — b) Daß einer petitorischen Klage auch ein interdictum retinendae possess. als Widerklage entgegengesetzt werden könne, ist nicht zu bezweifeln[5]), nur muß sich freylich der Beklagte die langsamere Verhandlung seines possessorischen Rechtsmittels gefallen lassen, wenn die petitorische Klage zu dem ordentlichen Verfahren geeignet war.[6]). — c) Ein interdict. adip. poss. kann aber als Widerklage gegen eine auf

---

den Vortheil einer schnelleren Verhandlung seiner Spolienklage Verzicht leisten.

[3]) c. 2. cit. X. 2. 10. „cum spoliatori spoliatus ante restitutionem non cogatur ullatenus respondere." c. 10. X. 2. 13. (De restitut. spoliat.) — Clem. un. 2. 3. (De causa poss. et propriet).

[4]) c. 1. in 6. 2. 5. (De restit. spol. — Seit dem J. R. A. dürfte übrigens dieses Privilegium der except. spolii kaum mehr als bestehend anzunehmen seyn. S. Gensler Comm. I. S. 275. — Linde Lehrb. §. 203. not. 9.

[5]) arg. c. 2. X. 2 12. (De causa poss. et propriet.) — In den Voraussetzungen der beyden Rechtsmittel liegt in diesem Falle kein Grund, sie für unvereinbar zu erklären, da der mit der rei vindicatio angegriffene Besitzer von dem Vindicanten allerdings im Besitze gestört worden seyn konnte.

[6]) Denn der Kläger ist nicht schuldig, aus dem Grunde sein Recht auf das ordentliche Verfahren aufzugeben,

dasselbe Object gerichtete petitorische Klage wohl gar nicht vorkommen, weil die letztere voraussetzt, daß sich der Beklagte ohnehin schon im Besitze befindet.

§. 79.

Fortsetzung.

Wirkung der Cumulation des possessorischen und petitorischen Streites.

Die Wirkung einer zuläßigen, oder wenigstens von der Partey, welche dagegen protestiren könnte, zugelassenen Verbindung des Petitoriums mit dem Possessorium besteht in processualischer Hinsicht zunächst darin, daß beyde Sachen in denselben Acten instruirt und zu dem Spruche vorbereitet werden [1]). Werden nun dieselben I. auch zu gleicher Zeit spruchreif, so soll der Richter nach der Bestimmung des canonischen Rechtes über beyde in demselben Urtheile entscheiden [2]). — Das canonische Recht schreibt Dieses selbst für den Fall vor, wenn sich aus den Acten ergibt, daß das Recht dem Gegner

---

weil der Beklagte einen Anspruch in dieses Verfahren hereinzieht, welchen er auch in einem besonderen Processe hätte ausführen können.

[1]) c. 2. X. 2. 12. (De causa poss. et propr.) — Boehmer I. E. P. lib. II. tit. 12. §. 11.— Martin Lehrb. §. 247. F. C. Gesterding Ausbeute von Nachforsch. I. S. 149.

[2]) c. 6. X. eod.

derjenigen Partey zugesprochen werden muß[3]), welche in possessorio die Oberhand erhält. Weil jedoch hiebey zugleich verordnet ist, daß bey der Execution eines solchen Doppelurtheils mit dem Vollzuge des petitorischen Spruches der Anfang gemacht werden soll[4]), folglich der Sieg in possessorio keinen reellen Nutzen gewährt, so wird in der Praxis gewöhnlich das possessorium im Urtheile gänzlich übergangen, und nur in petit. allein gesprochen[5]). II. Sollte allenfalls das Possessorium schneller zum Spruche reif werden, als das Petitorium, so braucht der Richter nicht bis zur vollendeten Instruction des letzteren zuzuwarten, sondern er darf auch vorläufig über den Besitzstand allein erkennen[6]). — Ob in diesem Falle noch eine nachträgliche Fortsetzung des petitorischen Streites Statt haben soll, oder nicht, wird davon abhängen, wer als Kläger in petit. aufgetreten ist, — ob Derselbe, dem der Besitz zuerkannt, oder der in dem Besitze geschützt wird, — oder sein Gegner. Der

---

[3]) Vergl. c. 3. X. 2. 12. — Boehmer l. c.

[4]) c. 6. X. cit. „Sed licet in pronunciatione sit possessio praemittenda; in executione tamen debet proprietas praevalere.“

[5]) Boehmer l. c. in f. — Gesterding a. a. O. S. 150 flg. — Aus der in der vorigen Note angeführten Vorschrift des canon. Rechts haben die Practiker die Regel abgeleitet „petitiorum liquidum absorbet possessorium.“

[6]) c. 2. X. 2. 12. — c. 36. X. 2. 20. (De testib. et attest.)

Erste hat jetzt keine Ursache mehr auf Fortsetzung des petitorischen Streites zu dringen [7]), wohl aber der Letzte [8]).

III. Wenn umgekehrt über das Petitorium früher ein Endurtheil möglich ist, als über das Possessorium, so kommt es darauf an, ob in diesem Urtheile einem streitenden Theile wirklich das in Frage stehende Recht zuerkannt werden kann, oder ob nicht etwa die in dieser Hinsicht gepflogenen Verhandlungen das Resultat geben, daß der petitorische Kläger (z. B. wegen mangelnden Beweises) abzuweisen sey. — In dem ersten Falle läßt die Praxis nach der Regel: „petitorium absorbet possessorium" sogleich ein Urtheil in petit. zu, ohne daß eine Fortsetzung des noch unvollendeten Besitzstreites verlangt werden dürfte — In dem zweiten Falle dagegen dürfte es wohl das Zweckmäßigste seyn, das Urtheil in petitorio für jetzt zu suspendiren, und das Possessorium vollends verhandeln zu lassen, weil, — wenn auch in petit. gesprochen würde, — doch auf Fortsetzung des Possessoriums bestanden werden könnte.

---

7) Denn da er durch das possessorische Urtheil in den Besitz gesetzt, oder in demselben geschützt wird, so braucht er sein Recht nicht mehr zu beweisen.

8) Denn es ist ja möglich, daß der Unterliegende seinen rechtlichen Anspruch noch vollständig beweist, und dann muß ihm der Sieger in possess. wieder weichen.

§. 80.

C. Rechnungsproceß.

Begriff.

Zwischen Personen, von denen Eine der Andern zur Ablage einer Rechnung verpflichtet ist, kann es aus zwey verschiedenen Gründen zu einem gerichtlichen Streite kommen; entweder 1), weil sich der verpflichtete Theil weigert, die Rechnung abzulegen; oder 2), weil die Richtigkeit der bereits abgelegten Rechnung angefochten wird. — Ein Streit der ersten Art hat in Ansehung des Verfahrens nichts Außerordentliches, und kann nach Beschaffenheit der Umstände bald nach den Regeln des ordentlichen, bald nach den Grundsätzen des bestimmten oder unbestimmten summarischen Processes zu verhandeln seyn [1]). Wenn aber die Richtigkeit einer bereits gestell-

---

[1]) A. M. ist zwar v. Gönner im Hdb. Bd. IV. Abh. LXXV. §. 3. flg. Allein die von demselben angeführten Gründe für die summarische Eigenschaft eines solchen Verfahrens sind nicht hinreichend, da die Klage auf Rechnungsablage keineswegs immer als Vorbereitung eines eigentlichen Rechnungsprocesses angesehen werden muß. Daß unter den erforderlichen Voraussetzungen bedingte oder unbedingte Mandate erlassen, ja sogar Arrestverfügungen getroffen werden können (§. 5. a. a. O.), ist zwar richtig; allein daraus folgt noch keineswegs, daß da, wo die Requisite dieser Proceßarten mangeln, wenigstens unbestimmt summarisch verhandelt werden müsse. — In dieser Hinsicht hat auch v. Gönner bey den spätern Proceßlehrern

ten Rechnung[2]) vor einem Civilgerichte[3]), und damit dieses darüber entscheide, Gegenstand eines Streites un-

---

keine Beystimmung gefunden. — Vergl. Martin §. 260 not. a. — Gensler Comm. II. S. 99. — Süptiz Lehrb. §. 55. Nro. 1. — Linde Lehrb. §. 339. not. 1.

[2]) Unter einer Rechnung im engeren Sinne versteht man zwar nur solche schriftliche Aufsätze, in welchen Einnahmen und Ausgaben zusammengestellt und gegeneinander gehalten werden. Aus diesem Grunde wollen auch Einige einen Rechnungsproceß in dem Falle nicht annehmen, wenn der Kläger seiner Klage bloß eine Specification seiner Forderungen beylegt. — (Gensler Comm. II. S. 99.) — Allein die abgekürzte Form der Beantwortung solcher Specificationen stimmt doch mit der im Rechnungsprocesse üblichen vollkommen überein.

[3]) Wenn die Obervormundschafts-Behörde während der Dauer der Vormundschaft dem Tutor die Rechnung abfordert und prüft, so ist dieses Verfahren eben so wenig ein wahrer Rechnungsproceß, als wenn die Finanzbehörden einem Beamten die Rechnung abfordern, und dieselbe revidiren. Denn ein Proceß kann nur vor dem Richter verhandelt und entschieden werden. Die Obervormundschaftsbehörde handelt aber im Interesse des Pflegbefohlenen und die Finanz-Stelle im Interesse des Aerars. Eine Anerkennung der Rechnung von ihrer Seite kann wohl als Verzicht, aber nicht als Urtheil gelten. — A. M. ist v. Gönner a. a. O. §. 4. und §. 19. Nro. 5.

ter den Parteyen wird, dann ist ein Rechnungsproceß im eigentlichen Sinne vorhanden.

Genau betrachtet enthält ein solcher Rechnungsproceß soviel einzelne Processe, als einzelne Rechnungsansätze bestritten werden. — Da jedoch diese Ansätze als sich wechselseitig aufeinanderbeziehende Theile eines Ganzen, oder als bedingende Voraussetzungen des Gesammtresultates der Rechnung erscheinen, so würde eine getrennte Verhandlung der dagegen erhobenen Einwendungen eben so unzweckmäßig seyn, als bey dem oftmaligen Wiederkehren gleichartiger Einwendungen die Vorschrift, jede derselben mit der Ausführlichkeit vorzutragen, wie Dieses im ordentlichen Processe zu geschehen pflegt[4]).

§. 81.

Verfahren.

Die Frage, wer im Rechnungsprocesse als Kläger, und wer als Beklagter zu betrachten sey, dürfte kaum auf andere Art richtig zu beantworten seyn, als so: Wer in Folge einer Geschäftsführung, über welche bereits eine Rechnung abgelegt worden ist, rechtliche Ansprüche zu haben glaubt, und diese Ansprüche zuerst gerichtlich

4) Denn alle Einwendungen sind zuletzt doch entweder darauf gerichtet, daß in der Einnahme zu wenig angesetzt, oder daß eine vorgetragene Ausgabe gar nicht, oder daß sie unbefugter Weise gemacht wurde.

verfolgt, — ist Kläger[1]). Weder der Rechnungssteller, noch der Rechnungsempfänger kann demnach immer als Kläger betrachtet werden, sondern bald wird Diesem, bald Jenem diese Parteyrolle zugeschrieben werden müssen. Hat nämlich der Geschäftsführer nach dem Resultate der von ihm gestellten Rechnung von dem Geschäftsherrn noch einen Activsaldo zu fordern, welchen der Letztere entweder ganz, oder theilweise zu bezahlen sich weigert, und dringt er nun unter Beylage der Rechnung auf Bezahlung dieses Restes, so ist er — der Rechnungssteller — Kläger[2]). Wenn dagegen der Geschäftsherr in der ihm gestellten Rechnung Unrichtigkeiten zu finden glaubt, in Folge welcher er mehr von dem Rechner zu fordern hätte, als Dieser zugibt, —

---

[1]) Es versteht sich hiebey von selbst, daß die Rechnung im Ganzen Gegenstand des Streites seyn muß. Denn wird nur ein einzelner Punct ausgehoben, und in Ansehung desselben allein Klage gestellt, so entsteht kein Rechnungsproceß. — v. Gönner Hdb. IV. S. 122. lit. B.

[2]) Claproth (Grds. von Verfert. und Abnahme der Rechn. Gött. 1783.) S. 62. hält immer den Rechnungsleister, — v. Gönner (a. a. O. S. 123) immer den Geschäftsherrn für den Kläger. — Daß die Rechnung selbst, als blosse Darstellung und Abwägung der Einnahmen und Ausgaben, für sich allein betrachtet, weder eine eigentliche Klage, noch eine Exceptionsschrift ist, kann nicht bezweifelt werden. Sie enthält nur den Stoff zu Klagen, Einreden und Widerklagen. S. Gensler Comm. II. S. 100.

und wenn er nun, — weil sich der Letztere zur Vergütung dieses Mehrbetrages nicht verstehen will, richterliche Hülfe sucht; so erscheint er — der Geschäftsherr, als Kläger. — Das Verfahren stimmt in beyden Fällen mit dem ordentlichen darin überein, daß die Klage sammt der Rechnung dem Beklagten zur Vertheidigung mitgetheilt wird. — Nur darin zeigt sich eine Abweichung, daß die Einwendungen gegen die einzelnen Rechnungs-Ansätze nicht mit der gewöhnlichen Ausführlichkeit, sondern nur in kurzen aphoristischen Sätzen vorgetragen werden [4]). — Diese Einwendungen selbst sind aber bald als negative Einlassungen, bald als Einreden oder Reconventionen zu betrachten, und hiernach ist auch die Frage zu beantworten, welcher Partey der Beweis aufgelegt werden soll. — Ist I) in einem gegebenen Falle der Rechnungsleister Kläger, und der beklagte Geschäftsherr läugnet eine Ausgabe, oder widerspricht die Befugniß des Geschäftsführers zur Bestreitung derselben, so liegt in dieser Einwendung (monitum) offenbar eine negative Einlassung [5]), weshalb auch der Beweis dem Rechnungssteller aufzulegen ist. Behauptet aber der Beklagte, daß der Rechner weniger in Einnahme gestellt, als wirklich eingenommen habe, so enthält dieses Monitum eine Widerklage oder

---

[3]) Morstadt zu Genslers Comm. a. a. O. not. 1 u. 2.

[4]) Martin Lehrb. §. 260.

[5]) Denn die Behauptung des Rechnungsstellers, daß er bey der Geschäftsführung Auslagen bestritten habe, welche er nun vergütet haben will, bildet das Fundament der actio mand. contrar.

resp. eine Einrede (exc. compens) [6]), und hierüber muß im Falle eines erfolgenden Widerspruches er den Beweis übernehmen, wenn nicht etwa das „Soll" der Einnahme schon unzweifelhaft dargethan ist. — II) Ist der Geschäftsherr als Kläger mit einer Anfechtung der ihm gelegten Rechnung aufgetreten, so stellt sich die von ihm behauptete Mehreinnahme als Klage, — der Widerspruch der Existenz, oder Rechtmäßigkeit einer Ausgabe aber als anticipirte negative Einlassung auf eine ihm (durch die Rechnung) außergerichtlich bekannt gewordene Gegenforderung, (welche Stoff zu einer Widerklage oder Einrede geben kann) dar [7]). Daher muß die behauptete Mehreinnahme im Falle des Widerspruches von dem Kläger, die widersprochene Ausgabe aber von dem Beklagten bewiesen werden.

---

6) Eine Widerklage in so fern, als durch diese behauptete Mehreinnahme ein Deficit im Ganzen entstehen würde; — eine Einrede dann, wenn dadurch nur die Gegenansprüche des Rechnungsstellers im Ganzen gemindert würden.

7) Der Vortrag der Ausgaben in der Rechnung selbst ist noch nicht als Klagevortrag zu betrachten. Denn wie sollte eine Klage vor der wirklichen Entstehung der gerichtlichen Streitverhandlung, welche erst der Rechnungsempfänger begonnen hat, denkbar seyn? Aber der Kläger ist durch die Rechnung darauf vorbereitet, daß ihm ein Gegner diese oder jene Ausgabe als Reconvenient oder Excipient entgegenhalten werde, und anticipirt daher seine Replicerinnerungen schon in der Klageschrift.

§. 82.

Fortsetzung

Ueber das weitere Verfahren nach geführter Vertheidigung ist Folgendes zu bemerken;

I. Da der Rechnungsproceß eine Cumulation von Klagen und Widerklagen voraussetzt, so soll der Richter sich vor Allem die processualische Eigenschaft eines jeden einzelnen Streitpunctes klar zu machen suchen, und die Instruction nach den gewöhnlichen Regeln so lange fortsetzen, bis kein solcher Punkt mehr übrig ist, in Ansehung dessen er nicht wenigstens ein Beweisinterlocut fällen könnte. Ob dabey ein mündliches Verfahren zum Protokolle, oder ein schriftliches den Vorzug verdient, — hängt von dem Umfange der Rechnung und von der Beschaffenheit der gegebenen Verhältnisse ab. Bey einigermassen verwickelten Rechnungen scheint aber ein schriftliches Verfahren mehr Gründe für sich zu haben, als ein mündliches [1])

II. Ist kein Streitpunkt mehr übrig, der nicht wenigstens znm Beweise reif wäre, so erfolgt ein Gesammterkenntniß, welches sich über alle bestrittenen Posten verbreitet. Sehr zweckmäßig ist es hiebei, nicht bloß Einnahmen und Ausgaben zu trennen, sondern sowohl bey jenen als bey diesen auch die einzelnen Punkte, worüber eine gleichartige Entscheidung erfolgen, z. B. auf Beweis

---

[1]) S. v. Gönner a. a. O. S. 128. nro. 3.

erkannt werden muß, wieder in eigene Classen zusammenzustellen.[2]).

III. Das in Folge dieses Erkenntnisses nöthig werdende Beweisverfahren richtet sich nach den allgemeinen Regeln des unbestimmt summarischen Processes.

IV. Ist auch das Beweisverfahren hinsichtlich aller dazu geeigneten Streitpunkte geschlossen, so wird das Definitivurtheil[3]) gefällt, und nach eingetretener Rechtskraft die endliche Berechnung gezogen[4]), nach deren Resultaten entweder der Rechnungsführer dem Geschäftsherrn ein Deficit zu ersetzen, oder der Geschäftsherr dem Rechnungsführer den Ueberschuß zu vergüten hat, welcher durch die verrechneten Einnahmen nicht gedeckt wird.[5]).

---

[2]) Martin Lehrb. §. 260. not. i. —

[3]) Daß gegen dieses Urtheil sowohl, als auch gegen das erste Erkenntniß die gewöhnlichen Rechtmittels zugelassen werden müssen, ist keinem Zweifel unterworfen.

[4]) Wegen eines bloßen Rechnungsverstoßes (error calculi) braucht übrigens diejenige Partey, welche dadurch leiden würde, kein ordentliches Rechtsmittel einzuwenden, sondern solche Fehler kann der erkennende Richter selbst wieder verbessern. — Fr. 1. §. 1. D. (49. 8.) — Vergl. c. un. C. (2. 5.)

[5]) Gensler Comm. II. S. 102. — Ueber die Trennung des Liquiden vom Illiquiden im Rechnungsverfahren s. v. Gönner a. a. O. S. 131. flg.

Bei dem Verleger dieses Buches ist auch, nebst allen eingeführten Lehr= und Hülfsbüchern in allen Wissenschaften, zu haben:

Almanach der Ludwig-Maximilians-Universität. 1r. Jahrgang. 1828. 1 Thlr. 1 fl. 48 kr.
mit Goldschnitt. 1 Thl. 4 gr. 2 fl.

Ast, Dr. Friedr., Hauptmomente der Geschichte der Philosophie. 8. 6 Bogen 1820. 8 gr. 36 kr.

Bayer, Dr. Hier. (Hofrath öffentl. ordentl. Prof. d. Rechte.) Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civil-Proceß mit Beziehung auf Martins Lehrbuch. 4te Auflage. gr. 8. 35½ Bogen 1834.
2 Thlr. 3 fl. 36 kr.

Bernhard, Dr. F. L. v., über die Restauration des deutschen Rechts. gr. 4. 10 Bogen. 1829. 14 Sgr. 1 fl.

— — vom Eidesantrag über fremde Handlungen. Eine civilistische Abhandlung. 4. 1823. 6 gr. 24 kr.

— — das teutsche Landrecht. 1ster Bd. 1stes Heft. 8. 1831. 7 Bogen. 12 gr. 54 kr.

Breyer, Dr. W., über den Begriff der Universalgeschichte gr. 8. 8 gr. 36 kr.

Buchinger, Dr. F., die Einführung der öffentlichen Rechtspflege in Bayern mit Bezug auf die Oeffentlichkeit des Kultus. 8. 19 Bogen. 1827 1 Thlr. 1 fl. 48 kr

Ciceronis de natura Deorum liber I. et II. (usque ad cap. 41.) Ad optimorum librorum fidem recensuit et in lectionum usum edidit Dr. Friedr. Ast. 8. maj. 1829. 6 Bogen. 8 gr. 36 kr.

Dresch, L. v., (Dr. Hofrath und ordentlicher Professor der Universität München) Betrachtungen über den revidirten Entwurf der Proceßordnung in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Bayern. gr. 8. geh. 4½ Bogen 1828.
16 gr. 1 fl. 12 kr.

— — Abhandlungen aus verschiedenen Theilen des Rechts 1r. Theil. Auch u. d. T.: Abhandlungen über Gegenstände des öffentlichen Rechts, sowohl des deutschen Bundes überhaupt, als auch einzelner Bundesstaaten. gr. 8. 1830. 16 Bogen. 1 Thlr. 8 gr. 2 fl. 24 kr.

Feßmayer, J. G., Grundriß der historischen Hülfswissenschaften, vorzüglich nach Gatterer. gr. 8.
1 Thlr. 1 fl. 48 kr.

Frohn, Dr. F. L. v., Handbuch der bayer. Nationalökonomie. gr. 8. 1822. 20 gr. 1 fl. 30 kr.

Gsell, W. C. J., neue Anweisung zur Führung der doppelten Buchhaltung, in einer den jetzigen merkantilischen Verhältnissen angemessenen Ausgabe. gr. 8. 1829.
1 Thlr. 8 gr. 2 fl. 24 kr.

Hermann, Dr. Fr. Ben. W., (Prof.), staatswirthschaftliche Untersuchungen über Vermögen und Wirthschaft, Produktivität der Arbeiten, Preis, Kapital, Gewinn, Einkommen, Verbrauch, und über die Wirkung der Steuern. gr. 8. 1831. 24 Bogen. 1 Thlr. 15 gr. 3 fl.

Hofmann, Th. Aug., der bayerische Arrest-Proceß aus den bayerischen Gesetzen, den von Kreitmaier'schen und von Gönner'schen Anmerkungen, nebst den ergänzenden, übereinstimmenden, uud abweichenden römisch teutschen Bestimmungen nach Martin, Danz und Gönner. 8. 1824.
36 kr.

Hof- und Staats-Handbuch des Königreichs Bayern gr. 8. geheftet.
Druckpapier 1 Thlr. 12 gr. 2 fl. 42 kr.
Schreibpapier 1 Thlr. 20 gr. 3 fl. 18 kr.

Jordan, Dr. S., über die Auslegung der Strafgesetze mit besonderer Rücksicht auf das gemeine Recht. gr. 8. 1818. 12 gr. 54 kr.

Kammerer, Dr. Pet., über Unrecht in Ansehung der Ehre. 1820. 8. gr. 36 kr.

Kleins Formeln zur Cotta'schen Waldwerthberechnung. gr. 8. 1823. broch. 6. gr. 24 kr.

Krämer, G. C. v., glänzende Züge aus der bayerischen Geschichte. Ein vaterländisches Lesebuch. Mit 1 Stammtafel Wittelsbachs. 8. 18 Bogen 1826. 12 gr. 54 kr.

Kritik über des Herrn Ritters von Weiler akademische Erörterung, Tugend die höchste Kunst. gr. 8. 1817.
6 gr. 24 kr.

Krum, Blätter der Erinnerung. Sammlung poetischer Versuche. 8. 1827. 10 gr. 42 kr.

Kulturproceß, neuester, in Bayern, aus aktenmäßigen Quellen. gr. 8. 1805. 8 gr. 30 kr.

Link, Dr. A. A. v., über das Naturrecht unserer Zeit als Grundlage der Strafrechtstheorien. gr. 8. 1829. 16 gr. 1 fl. 12 kr.

Magold, M., (geistl. Rath und Prof.) mathematisches Lehrbuch zum Gebrauche öffentlicher Vorlesungen, 1ster Theil, welcher die Arithmetik enthält, mit 9 Tabellen. 4te vermehrte Auflage. gr. 8. 2 Thlr. 3 fl. 36 kr.

— — 2ter Theil, welcher die Elementar-Geometrie und Trigonometrie enthält, mit 11 Kupfern und 2 gedruckte Tabellen. 2te vermehrte Auflage. gr. 8. 2 Thlr. 12 gr. 3 fl. 54 kr.

— — 3ter Theil. 1ste Abtheilung, welche die Polygonometrin und Markscheidekunst enthält, mit 6 Kupfern und 4 gedruckten Tabellen. 2te vermehrte Auflge. gr. 8. 2 Thlr. 3 fl. 36 kr.

— — 3ter Theil. 2te Abtheilung, welche die höhere Geometrie nebst Herrn Landesdirektionsraths von Voith Vorschläge zur Vervollkommnung der Markscheidekunst und dessen Tabelle der Seigerteuffen und Sohlen nebst einer Abhandlung von der Epicycloide, mit 3 Kupfertafeln. 2te verm. Auflage. gr. 8. 1813.

Alle 4 Theile 9 Thlr. 2 gr. 15 fl. 42 kr.

— — Auflösung einer cubischen und biquadratischen Gleichung. gr. 8. 4 gr. 18 kr.

— — Abhandlung von der Epicycloide als auch der höhern Geometrie, mit 3 Kupfertafeln. gr. 8. 1813. 20 gr. 1 fl. 54 kr.

— — Lehrbuch der Chronologie. 26 Bogen. gr. 8. mit 22 Tabellen. 1830. Druckpapier. 2 Thlr. 3 fl. 36 kr.
Postpapier 3 Thlr. 5 fl. 24 kr.

Mahir, E., über die Natur und Wesenheit der donatio remuneratoria. Ein civilistischer Versuch. 8. 1828. 6 gr. 27 kr.

— — über das Recht zur Strafe und das Strafemaas. 8. 1830. 4 gr. 18 kr.

Mittermaier, Dr. C. J. A., die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschwornengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren. gr. 8. 1819. 8 gr. 36 kr.

Moritz, Dr. H. A., Novellen zur bayrischen Gerichtsord-

nung. 1ster Band. gr. 8. 1 Thlr. 4 gr. 2 fl. 6 kr.
2ter Band (bei Krüll in L.)
4ter Band (die Verordnungen und Rescripte vom Jahre 1819 — 23. gr. 8. 1824. 1 Thlr. 4 gr. 2 fl. 6 kr.

— — Novellen zum bayerischen Landrecht. gr. 8. 1820. 2 Thlr. 3 fl. 30 kr.

— — über die Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen richterliche Urtheile. 8. 1816. 8 gr. 36 kr.

— — tabellarischer Entwurf von gerichtlichen Klagen, woher solche nach der vorgesetzten Haupteintheilung entspringen; wem eine jede insbesondere zukommt; wider wen sie geht, und worauf sie zu richten. 4te verbesserte Aufl. Fol. 1816. 16 gr. 1 fl. 12 kr.

— — Handbuch sämmtlicher Wechsel= und Merkantil=Gesetze für die ältern 7 Kreise des Königreichs Bayern. gr. 8. 1826. 1 Thlr. 14 gr. 2 fl. 48 kr.

Platonis Phaedo. Ad optimorum librorum fidem recensuit et in lectionum usum edidit Dr. Friedr. Ast. 8 maj. 1829. 12 gr. 54 kr.

Puchta, Dr. G. F. Lehrbuch für Institutionen=Vorlesungen. gr. 8. 10 Bogen. 1829. 20 gr. 1 fl. 30 kr.

Puchta, G. Fr. Dr., System des gemeinen Civilrechts, zum Gebrauch bei Pandektenvorlesungen. 8. 1832. 3 fl.

Roth, v., Lobschrift auf Lorenz von Westenrieder, weiland königl. bayer. geheimen geistl. Rath ꝛc., gelesen in der öffentlichen Sammlung der königl. bayer. Akademie der Wissenschaften zur Feyer des Ludwigstages. 1832. 8. 24 kr.

Sadi, Th., neugriechisch=deutsche Gespräche nebst kurzer Anleitung zum Lesen des Neugriechischen. Taschenformat. geh. 4 ggr. 18 kr.

Schaden, A. v., das gelehrte München im Jahre 1834. nach den von den dortigen Schriftstellern selbst entworfenen Artikeln. 8. br. 1 Thlr. 1 fl. 36 kr.

Schelling, v., (Vorstand der königl. Akademie der Wissenschaften, königl. geh. Hofrath und ordentl. Prof. der Universität München) Rede zum siebenzigsten in öffentlicher Sitzung gefeierten Jahrestage der königl. Akademie der Wissenschaften. gr. 4. 2½ Bogen mit Umschlag. 1829. 6 gr. 27 kr.

Schelling, v., Rede am Vorabend des Ludwigstages. 4. 1829.
3 gr. 12 kr.

— — über das Verhältniß des Realen und Idealen in der Natur; eine Entwickelung der ersten Grundsätze der Naturphilosophie. 8. 6 gr. 24 kr.

Schmidt, J. E., über die Duelle. Eine politisch-juridische Beantwortung 2c. gr. 8. 10 gr. 45 kr.

— — Versuche über die Darstellung einer im Urgrundsatze des Rechts gegründeten, in allen Theilen vollendeten Theorie oder Naturrechtswissenschaft. gr. 8.
16 gr. 1 fl. 12 kr.

Schubert, Dr. G. H. v., (Bergrath und Professor) von dem Vergehen und Bestehen der Gattungen und Arten in der organischen Natur. Eine Rede, gehalten in der öffentlichen Sitzung der königl. Akademie d. W. zur Feyer ihres 71sten Stiftungstages am 27sten März 1830. 4. 6 gr. 24 kr.

— — Lehrbuch der Sternkunde, zum Gebrauch für Schulen und zum Selbstunterrichte 8. 1831. 9 Bogen. 8 gr. 36 kr.

Spies, Kritik der Schrift Dr. Oerstedts über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Bayern. 8. 1824.
12 gr. 54 kr.

Stahl, Dr. F. L., über das ältere römische Klagerecht. gr. 8. 1827. 11 gr. 45 kr.

Stammfolge, ununterbrochene, des Regentenhauses Bayern seit dem 12. Jahrhunderte, (von F. v. P. Schraml). Folio 6 gr. 24 kr.
Der lyth. Stammbaum 12 gr. 48 kr.

Strafgesetzbuch, das bayer., sammt Register und 3 Bde. Anmerkungen. gr. 8. 1 Thlr. 12 gr. 2 fl. 42 kr.

Tenzel, Dr. J. J. B., wie kann in Deutschland die Zunftverfassung am zweckmäßigsten modificirt werden, um zu bewirken, daß die Vortheile derselben erhalten, die aus ihrer Veraltung und den bey ihnen eingeschlichenen Mißbräuchen entspringenden Nachtheile möglichst vermindert werden? 8. 1817. 20 gr. 1 fl. 48 kr.

Tiedemann, Fr., Zoologie, 1ster Theil: die allgemeine Zoologie der Menschen und Säugethiere. gr. 8.
2 Thlr. 3 fl. 36 kr.
(2ter und 3ter Band bei Mohr in Heidelberg.)

Weber, die Sicherung unserer Gebäude durch Blitzstrahlableiter, theoretisch und praktisch beleuchtet und bewährt, sammt einer Beurtheilung der Ableiter aus Stroh, von Lapostolle. gr. 8. 1822. 6 gr. 24 kr.

— — dynamische Licht-, Farben- und Wärmetheorie. 8. 1818. 8 gr. 36 kr.

— — von dynamischen Leben. 8. 10 gr. 45 kr.

— — Theorie der Elektricität. 8. 4 gr. 18 kr.

— — der Galvanismus, eine Zeitschrift in 4 Heften. 8. 1802 — 1803. 2 Thlr. 16 gr. 4 fl. 48 kr.

Weiler, Akademiker und Direktor in München, akademische Schriften. 1ster Theil. gr. 8. 1824. 10. gr. 1 fl. 30 kr.
2ter Theil. gr. 8, 1 Thlr. 1 fl. 48 kr.

Weindler, M., Abhandlung über Vermuthungen, vorzüglich mit Hinsicht auf bürgerliche Rechtslehre mit einer Vorrede vom Prokanzler Gönner. 8. 12 gr. 54 kr.

Welsch, J. B., disquisitio critica de juramentis. gr. 8. 9 gr. 40 kr.

Wening, Dr. J. N., über die Wichtigkeit und den Einfluß der politischen und gerichtlichen Beredsamkeit in unsern Tagen. gr. 8. 1829. 3 gr. 12 kr.

— — über die Mängel nnd Gebrechen der juristischen Lehrmethode, und die nothwendigen, unserer Zeit entsprechenden Einrichtungen derselben, mit besonderer Rücksicht auf die Universität Landshut, freimüthige Ansichten und Vorschläge. gr. 8. 1820. 8 gr. 36 kr.

— — Lehrbuch der Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. 8. 1821. 1 Thlr. 18 gr. 1 fl. 42 kr.

— — F. X., rechtliche Ansichten über die Nothwendigkeit die Entscheidungsgründe bei der Beschlagnahme oder Confiskation der Schriften öffentlich bekannt zu machen. 8. 8 gr. 36 kr.

Winter, V. A., älteste Kirchengeschichte von Altbayern, Oesterreich und Tyrol. 1ster Theil welcher die Kirchengeschichte won Vindelicien, Norikum und Rhätien vom Jahr Christi 1 bis 554 umfasst. gr. 8. 1813. 1 Thlr. 12 gr. 2 fl. 42 kr.

Winter, Vorarbeiten zur Beleuchtung der bayerischen und österreichischen Kirchengeschichte, als Einleitung in dieselbe. gr. 8. 3 Bde, 2 Thlr. 3 fl. 36 kr.

Wolf, Dr. C., Privatdocent an der Universität München, das Erwerbrecht durch Gewerbe, betrachtet aus rechtlichem und politischem Standpunkte. 8. geheftet. 1828. 2 gr. 18 kr.

— — die Lehre von den Gewerbsprivilegien. gr. 8. geheftet. 16 gr. 1 fl. 12 kr.

Kunstsachen.

Ansichten, 12 von München, schön lithographirt. Taschenformat. gebd. 6 gr. 24 kr.

Beckers Ansichten der Harzgegenden, getreu nach der Natur aufgenommen und auf Stein gezeichnet: Gernrode-Blankenburg, Roßtrappe, Julienbrücke, Mägdesprung, Falkenstein, der Anhaltsberg, der Meiseberg, die Silberhütte und das Schweizerhaus beim Alexisbad, das Kreuz beim Mägdesprung und Harzgerode.
Schwarz à 1 fl. color. 1 fl. 30 kr.

Bildniß König Ludwigs von Bayern. 3 gr. 12 kr.

— — der Königin Theresia. 3 gr. 12 kr.

Le Brun, Jesus am Kreuze, umgeben von Engeln. 26½ Zoll hoch, 19 Zoll breit, lithographirt von Brandmüller, 3 Thlr. 5 fl. 24 kr.

Michel Angelo Buonarottis Propheten und Sybillen als Studienblätter im Gewandzeichnen und im Faltenwurfe für Künstler und auch Kunstliebhaber. 6 Blätter in Folio, 12 Zoll hoch, 7 Zoll breit, lithographirt von F. Winterhalder. I. Jeremias. II. Sibylla Erithräa. III. Zacharias. IV. Daniel. V. Sibylla Delphica. VI. Esaias.
2 Thlr. 16 gr. 4 fl. 48 kr.

Otto I. Königs von Griechenland Abschied zu München. Lith. von Bodmer, gr. Fol. weiß Pap. 8 fl. chin. Pap. 11 fl.

Otto I., König von Griechenland zu Pferd, mit seinem Generalstab. Lithographirt von Hanfstängel. gr. Fol.
weiß. Papier 8 fl. chin. Papier 9 fl. 30 kr.

Plan von München mit Ansichten merkwürdiger Gebäude. Kupferstich. 1 Thlr. 1 fl. 36 kr.

Atlasse, Land- und Seekarten ꝛc.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bayer, Hieronymus <<von>>,

Theorie der summarischen Processe, mit Ausschluß des Concursprocesses zunä
chst für seine Zuhörer bestimmt

München 1834

Augsburg, Staats- und Stadtbibliothek -- Rw 103#(Beibd. 1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11276648-2